

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

IIe COUR ADMINISTRATIVE

Séance du 13 février 2007

Statuant sur le recours interjeté le 2 décembre 2006
(2A 06 91)

par

A. SA, représentée par Me Benoît Sansonnens, avocat à Fribourg,

contre

la décision prise le 20 novembre 2006 par **l'Hôpital cantonal de Fribourg**, repris depuis le 1^{er} janvier 2007 par le Réseau hospitalier fribourgeois (RHF), par laquelle il a adjugé un marché de fournitures de boissons à **B. SA**, représentée par Me Christophe Maillard, avocat à Bulle;

(Marchés publics)

C o n s i d é r a n t :

En fait:

- A. Par courrier du 3 octobre 2006 intitulé « appel d'offres », l'Hôpital cantonal de Fribourg - actuellement dans le cadre du Réseau hospitalier fribourgeois (RHF), l'Hôpital cantonal de Bertigny - a invité la société A. SA, et la société B. SA, à lui faire parvenir une offre pour l'approvisionnement de boissons pour la cafétéria et le magasin. L'Hôpital cantonal a en effet l'intention d'établir un marché annuel avec prix fixe. Les soumissions des entreprises susmentionnées étaient attendues jusqu'au 16 octobre 2006.

Un document de soumission pour la livraison des boissons a été remis aux deux soumissionnaires précités. Il contient une liste mentionnant les marques et les quantités de boissons désirées. Il est précisé que les soumissionnaires avaient la possibilité de proposer d'autres marques de boissons en variante. Ces derniers ont en outre été invités à fixer le prix de leur offre à la fois en tenant compte d'achat d'eau par dix palettes et également en excluant tout achat d'eau.

- B. A. SA et B. SA ont remis leur offre respective à l'entité adjudicatrice en date du 16 octobre 2006.

L'offre présentée par A. SA se montait à 148'203.50 fr. au total (prix avec livraison d'eau) et présentait également une variante s'agissant de la livraison d'eau; en effet, A. SA proposait de livrer 5'100 litres d'Henniez à 36 centimes par litre au lieu de 5'100 litres de Valser à 1.36 fr. le litre. La taxe sur emballages (Pet-alu-verres perdus) représentait un coût de 3 centimes par unité.

L'offre présentée par B. SA se montait quant à elle à 147'088.- fr. au total (prix avec livraison d'eau), soit un prix inférieur de 1'115.50 fr. par rapport à l'offre de A. SA. Cette offre ne présentait par contre aucune variante.

- C. Par décision du 20 novembre 2006, l'Hôpital cantonal a adjugé le marché de fournitures des boissons à la société B. SA. Cette décision précise cependant que la question de la livraison de l'eau Henniez et du prix de celle-ci ne fait pas partie de cette adjudication et qu'elle sera réglée après discussion avec le responsable de la société Henniez.

Le 24 novembre 2006, A. SA a requis de l'entité adjudicatrice de pouvoir connaître les critères de sélection retenus, ainsi que le tableau comparatif des offres. Par courrier du 28 novembre 2006, l'Hôpital cantonal lui a fait parvenir le tableau requis et a indiqué que le seul critère d'adjudication était le prix de l'offre. Il faut relever que le tableau comparatif mentionnait uniquement le prix global de l'offre de B. SA pour des raisons de confidentialité; les prix détaillés de chaque article ne sont ainsi pas connus de l'entreprise non adjudicataire.

- D. Agissant le 2 décembre 2006, A. SA a contesté devant le Tribunal administratif la décision de l'Hôpital cantonal de Fribourg du 20 novembre 2006 dont elle demande l'annulation, sous suite de frais et dépens. Elle conclut en outre à ce que le marché d'approvisionnement en boissons lui soit adjugé, subsidiairement à ce que la cause soit renvoyée devant l'Hôpital cantonal pour nouvelle décision dans le sens des considérants, plus subsidiairement à ce que la procédure d'adjudication soit annulée et encore plus subsidiairement à ce qu'il soit constaté que la décision d'adjudication querellée est illicite. La recourante requiert enfin que le recours soit assorti de l'effet suspensif et qu'il soit donné ordre à l'autorité intimée de produire l'intégralité du dossier d'adjudication, en particulier les offres des concurrents et le procès-verbal d'ouverture des offres.

A l'appui de ses conclusions, la recourante relève qu'en violation de l'art. 34a al. 2 du Règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11), la décision querellée n'indique pas les voies de recours et que l'appel d'offres ne mentionne pas les critères d'adjudication. Elle allègue également que le principe de l'interdiction des négociations prévu par l'art. 28 RMP aurait été violé; en effet, selon elle, l'adjudicateur aurait fourni des renseignements relatifs aux prix pratiqués par la recourante à B. SA; cette allégation se fonde sur le fait que l'entreprise adjudicataire aurait contacté la société Henniez afin de connaître les prix pratiqués auprès de l'Hôpital cantonal. De plus, s'agissant de l'offre de B. SA, l'adjudicateur aurait tenu compte d'un prix similaire à celui proposé par la recourante pour de l'eau Henniez; or, au sens de cette dernière, il est impossible que B. SA ait obtenu des prix aussi favorables que ceux dont elle bénéficie pour l'achat d'eau Henniez. Pour ce motif, la recourante considère que l'art. 30 RMP, qui prévoit que le marché doit être adjugé au soumissionnaire présentant l'offre économiquement la plus avantageuse, a été violé. De surcroît, A. SA estime que sa proposition de remplacer l'eau Valser par de l'eau Henniez permet une économie de 5'100.- fr. par année, ce qui confirme que son offre est la moins onéreuse. La recourante relève enfin un manque de transparence de la part de l'adjudicateur du fait que le tableau comparatif des offres, qui mentionne le prix détaillé de chacun des produits de A. SA, n'indique qu'un prix global pour les produits de B. SA.

- E. Dans ses observations du 12 décembre 2006, l'Hôpital cantonal estime que les dispositions légales relatives aux marchés publics ne sont pas applicables en l'espèce, dès lors que le marché global n'atteint pas le seuil de 100'000.- fr.; en effet, d'après ses estimations, le marché s'élèverait à un montant inférieur à ce seuil puisqu'en l'occurrence, la variante comprenant la livraison d'eau Henniez n'a pas été retenue. Cela implique que ce marché pouvait faire l'objet d'une adjudication selon la procédure de gré à gré du fait que sa valeur totale se monte à environ 97'000.- fr.. L'autorité intimée rappelle d'ailleurs à ce sujet que sa décision du 20 novembre 2006 réserve explicitement la question de la livraison d'eau Henniez; elle explique que la livraison directe par Henniez SA est en effet possible dans le cadre de la souscription pour les hôpitaux membres de la CADES (Centrale d'achat des établissements sanitaires), dont fait partie l'Hôpital cantonal de Fribourg.

L'autorité intimée conteste en outre avoir donné des renseignements à l'entreprise adjudicataire au sujet des prix pratiqués par la recourante et estime qu'il ne s'agit que de conjectures de la part de cette dernière. Elle considère également qu'elle n'a pas violé l'art. 30 RMP (qui est, selon elle, de toute manière inapplicable en l'espèce), dès lors que l'adjudication a été faite à l'entreprise qui a produit l'offre économiquement la plus avantageuse; en effet, selon le tableau comparatif, l'offre de A. SA présente un prix total inférieur de 1'150.50 fr. à celle de la recourante. L'Hôpital cantonal explique également que la variante proposée par A. SA selon laquelle l'eau Valser serait remplacée par de l'eau Henniez ne pouvait pas être retenue du fait qu'un contrat passé entre l'adjudicateur et la maison Coca Cola SA, contrat connu de la recourante, oblige l'Hôpital cantonal à se fournir en boissons Valser pour ce qui est de la colonne de distribution d'eau située à la cafétéria. Au demeurant, si cette variante avait pu être acceptée, l'adjudicateur estime qu'elle n'aurait pas été nécessairement la plus avantageuse économiquement, dès lors qu'il aurait fallu examiner les prix proposés par B. SA en relation avec la même variante. De plus, l'Hôpital cantonal allègue ne pas avoir tenu compte, pour justifier du caractère économique de l'offre, des taxes sur emballages dont le prix unitaire est plus élevé de 50 % chez la recourante par rapport à l'adjudicataire.

L'Hôpital cantonal conclut au rejet du recours et s'oppose à ce que l'effet suspensif lui soit accordé.

- F. Le 20 décembre 2006, l'Hôpital cantonal a produit une copie des offres détaillées de A. SA et de B. SA, ainsi que le tableau comparatif de ces offres. Il a également communiqué un contrat de souscription type entre la CADES et un hôpital membre pour la fourniture directe d'eau Henniez.

G. Dans ses observations du 21 décembre 2006, B. SA conclut au rejet du recours. Elle confirme ne pas avoir reçu de renseignements au sujet des prix pratiqués par la recourante. De plus, elle considère, à l'instar de l'entité adjudicatrice, que les dispositions relatives aux marchés publics ne sont pas applicables, dès lors que les seuils prévus par celles-ci ne sont pas dépassés; en effet, au sens de l'intimée, l'adjudicateur est en droit d'estimer que le coût ne dépassera pas les valeurs seuils, vu que l'estimation du marché lui incombe. L'Hôpital cantonal pouvait donc librement adjuger la livraison de minérales sans Henniez par une procédure de gré à gré du fait que ce marché est inférieur à 100'000.- fr. B. SA considère au demeurant que son offre est économiquement la plus avantageuse.

Pour le surplus, B. SA se réfère à la détermination de l'Hôpital cantonal.

H. A. Sa a déposé ses contre-observations le 22 décembre 2006. Elle reprend pour l'essentiel les conclusions et arguments développés dans son mémoire du 2 décembre 2006. Elle maintient qu'à sons sens, le marché en question est soumis à la législation sur les marchés publics au vu du dépassement des valeurs seuils en-dessous desquelles l'adjudication selon la procédure de gré à gré est admissible; selon la recourante, l'adjudicateur avait l'obligation d'utiliser à tout le moins la procédure sur invitation. Elle confirme en outre son allégation selon laquelle l'entité adjudicatrice a tenu compte du même prix pour l'achat d'eau Henniez chez l'adjudicataire que chez la recourante alors que B. SA a obligatoirement dû offrir un prix plus élevé et que, par conséquent, l'art. 30 RMP a été violé. A. SA émet également des doutes s'agissant des taxes d'emballages dont le coût unitaire ne s'élèverait qu'à 1,5 centime chez B. SA, dès lors que, selon l'adjudicateur, il serait de 50 % moins élevé que le prix de 3 centime pratiqué chez la recourante.

Celle-ci relève également que les documents d'appel d'offres ne faisaient pas mention de l'existence du contrat par lequel l'Hôpital cantonal avait l'obligation de se fournir en eau Valser, alors que ce contrat a pour conséquence de restreindre le nombre de variantes possibles; cela implique que la variante proposée par A. SA devait être prise en compte, indépendamment de l'existence de cette restriction.

I. L'autorité intimée et l'adjudicataire invoquent la confidentialité des offres retenues pour s'opposer à leur communication à la recourante. Elles invoquent en particulier le caractère confidentiel du détail des prix proposés.

J. Par décision superprovisionnelle du 4 décembre 2006, le Juge délégué à l'instruction de la cause a interdit toute mesure d'exécution de la décision attaquée jusqu'à droit connu sur la demande d'effet suspensif.

En droit:

1. a) Formé dans le délai et les formes prescrits (art. 2 de la loi sur les marchés publics; LMP; RSF 122.91.1 et art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics; AIMP; RSF 122.91.2), le présent recours est recevable.

La question de savoir si, en choisissant la procédure de gré à gré pour attribuer le marché, l'autorité intimée a respecté les règles sur les marchés publics est une question de fond et non pas de recevabilité. Par ailleurs, on ne saurait reprocher à la recourante de n'avoir pas contesté directement l'appel d'offres dès sa réception le 3 octobre 2006; en vertu du principe de la confiance, la recourante pouvait en effet légitimement considérer, vu la teneur de cet invitation, que celle-ci se rapportait à une procédure sur invitation et non à une procédure de gré à gré.

Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le recours.

- b) Avant sa reprise par le RHF, l'Hôpital cantonal de Bertigny, qui est un établissement de droit public, était assujéti aux dispositions sur les marchés publics en application de l'art. 2 du règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11); dès le 1^{er} janvier 2007, sa succession est assurée par le RHF en vertu de l'art. 1^{er} de la loi du 27 juin 2006 concernant le Réseau hospitalier fribourgeois (LRHF; RSF 822.0.1).

Aux termes de l'art. 6 AIMP, les dispositions des marchés publics sont applicables à tous les marchés passés par les adjudicateurs publics, ce qui est le cas du présent marché de fourniture de boissons.

- c) 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).
2. a) La recourante fait notamment grief à l'entité adjudicatrice d'avoir adjudgé (ou de prétendre avoir adjudgé) le marché selon une procédure de gré à gré au lieu d'une procédure sur invitation, dès lors que les seuils applicables à la procédure de gré à gré sont dépassés. L'adjudicateur intimé estime quant à lui que les seuils excluant la possibilité d'adjuger un marché de fournitures

par une procédure de gré à gré ne sont pas franchis, ce qui implique qu'il était fondé à passer le marché par cette procédure.

- b) A teneur de l'art. 12 al. 1 let b bis AIMP, par la procédure sur invitation, l'adjudicateur invite des soumissionnaires à présenter une offre dans un délai donné, sans publication; l'adjudicateur doit si possible demander au moins trois offres. Par la procédure de gré à gré, l'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres (art. 12 al. 1 let c AIMP).

Selon l'art. 41 al. 1 let. b RMP, un marché de fournitures ne peut être adjugé selon la procédure de gré à gré que s'il est inférieur à 100'000.- fr. L'art. 41 al. 2 let. b RMP prévoit qu'un marché de fournitures ne peut faire l'objet d'une procédure sur invitation que s'il est inférieur à 250'000.- fr.

- c) Selon l'adjudicateur, la valeur du marché en question se monte à 96'003.50 fr. du fait qu'une quantité de 145'000 litres d'eau Henniez n'a pas été adjugée à B. SA.

La recourante, se référant au total du tableau comparatif des offres, estime quant à elle que la valeur du marché se monte au moins à 147'088 francs.

S'agissant de l'estimation de la valeur d'un marché, la jurisprudence a estimé qu'elle devait se fonder sur un calcul suffisamment sûr (DC 4/2000, p. 128 no S39). Le coût du marché dépend en effet de la définition des prestations attendues de l'adjudicataire; en cas de doute, seule la valeur supérieure de l'estimation est déterminante (DC 4/2000, p. 128, note ad no S39 et S40). L'objectif du droit des marchés publics étant la promotion d'une concurrence efficace, l'adjudicataire ne peut pas morceler artificiellement le marché en vue de contourner les règles relatives aux marchés publics (DC 4/2000, p. 128 no S42 et S43). L'art. 4 al. 1 RMP prévoit d'ailleurs expressément que les règles régissant les marchés publics ne doivent pas être contournées en divisant le marché.

Selon l'art. 5 al. 1 RMP, si plusieurs marchés de fournitures identiques sont passés ou si un marché de fournitures est subdivisé en plusieurs marchés séparés de nature identique (lots), la valeur du marché est calculée soit selon la valeur réelle des contrats successifs analogues passés au cours des 12 mois ou de l'exercice précédent, corrigée, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité et en valeur qui surviendraient au cours des 12 mois suivants (let. a), soit selon la valeur estimée des marchés répétitifs au cours de l'exercice ou dans les 12 mois qui suivent le premier marché (let. b). L'al. 2 de cette disposition précise en outre que si un marché contient des options sur des marchés ultérieurs, la valeur globale est déterminante.

Dans le cas particulier, l'appel d'offres du 3 octobre 2006 porte sur un marché annuel et impose aux soumissionnaires de proposer leurs prix en fonction de deux variantes, à savoir une offre comprenant les prix relatifs à l'achat d'eau Henniez et une offre ne tenant pas compte des prix afférents à cet achat. La doctrine prescrit d'apprécier les faits dans chaque cas concret afin de déterminer, selon le principe de la bonne foi, si les prestations attendues ont entre elles un lien de connexité tel qu'elles constituent en réalité un même marché (J.-B. ZUFFEREY / C. MAILLARD / N. MICHEL, Droit des marchés publics: Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 82). En l'espèce, la Cour de céans estime qu'il faut considérer que la fourniture d'eau Henniez et la fourniture des autres boissons mentionnées dans le document de soumission constituent deux aspects d'un même marché.

Ce point de vue est confirmé par la teneur de l'invitation à soumissionner du 3 octobre 2006. En effet, l'adjudicateur a exigé la présentation de deux variantes, à savoir une variante comprenant l'achat d'eau Henniez et une variante sans achat de cette eau; de ce fait, en incluant la fourniture d'eau Henniez à celle des autres boissons, l'entité adjudicatrice a clairement manifesté qu'elle considérait que la variante avec achat d'eau constituait un seul marché de nature identique. Il peut être relevé en outre que les soumissionnaires auxquels l'adjudicateur s'est adressé sont tous deux en mesure de fournir l'ensemble des différentes marques de boissons qui font l'objet de la demande d'offres du 3 octobre 2006; chacun d'eux pouvait donc se voir adjudger l'ensemble du marché de fournitures, soit la variante avec achat d'Henniez, ce qui démontre que ces fournitures ont un lien de connexité étroit et que l'adjudicateur les considérait comme faisant partie d'un même marché.

En réalité, il ne fait pas de doute que la fourniture de boissons pour l'Hôpital cantonal de Bertigny constitue un marché global que l'adjudicateur ne peut pas morceler à sa guise en fonction des marques qu'il entend offrir.

La Cour de céans constate donc que le marché de fournitures de boissons adjudgé le 20 novembre 2006 est un marché de fournitures qui a été subdivisé en plusieurs marchés séparés de nature identique au sens de l'art. 5 al. 1 let. a RMP.

- d) Comme il a été relevé plus haut, l'art. 5 al. 1 RMP prévoit qu'il faut estimer la valeur du marché en fonction de la valeur globale des marchés séparés de nature identique; le marché de fournitures de boissons en cause avec ses deux variantes doit donc être estimé selon sa valeur globale.

Or, la valeur totale du marché, soit la valeur de la variante avec achat d'eau, se monte à 147'088 fr. s'agissant de l'offre la moins onéreuse. Il faut donc considérer que le seuil de l'art. 41 al. 1 let. b RMP qui permet d'appliquer la procédure de gré à gré est dépassé.

En effet, en exigeant la présentation d'une variante dépassant ce seuil, l'adjudicateur s'est assujéti aux dispositions sur les marchés publics, dès lors qu'en présence d'une variante atteignant les seuils et d'une autre se situant en-dessous, seule la valeur supérieure est déterminante (DC 4/2000, p. 128, note ad no S39 et S40).

Au vu de ce qui précède, le marché tel que présenté dans l'invitation à soumissionner du 3 octobre 2006 ne pouvait pas faire l'objet d'une procédure de gré à gré, dès lors que les seuils au-delà desquels cette procédure est exclue sont dépassés.

3. La Cour constate par conséquent que l'adjudication du marché en cause devait à tout le moins se faire par le biais d'une procédure sur invitation, le seuil de 250'000 fr. prévu par l'art. 41 al. 2 let. b RMP n'étant pas franchi.

La procédure d'adjudication querellée ne satisfait pas cependant aux exigences de la procédure sur invitation au sens de l'art. 12 al. 1 let. b bis AIMP. En effet, cette disposition prévoit que l'adjudicateur doit si possible demander au moins trois offres, alors qu'en l'espèce, seuls deux soumissionnaires ont été invité à formuler une offre.

De plus, l'appel d'offres du 3 octobre 2006 ne mentionne pas les indications minimales exigées par l'art. 14 RMP, à savoir notamment la procédure applicable, les critères d'adjudication et les voies de recours. Or, il faut préciser que selon l'art. 12 al. 3 RMP, seul l'appel d'offres relatif aux procédures de gré à gré est dispensé de toute prescription de forme. Cela implique qu'un appel d'offre relatif à une procédure sur invitation doit contenir obligatoirement les indications prescrites par l'art. 14 RMP, sous peine de nullité. En effet, en cas de violation des règles destinées à garantir le libre accès au marché, l'égalité de traitement ou le principe de transparence, l'ensemble de la procédure doit être frappée de nullité (JAAC 1991 I, p. 154; DC 4/2000, p. 132, note ad no ad S53).

A ce sujet, la doctrine a d'ailleurs estimé qu'un appel d'offres lancé après que l'adjudicateur ait opéré un choix erroné de la procédure de passation était frappé de nullité (DC 4/2000, p. 127, note ad S35 et S36).

4. Au vu de qui précède, le recours doit être admis, dès lors que l'entité adjudicatrice a procédé à l'adjudication du 20 novembre 2006 par une procédure de passation incorrecte.

En cas de recours fondé, l'autorité annule la décision litigieuse et peut en principe à son choix soit statuer elle-même au fond, soit renvoyer l'affaire au pouvoir adjudicateur avec ou sans instructions impératives (art. 18 al. 1 AIMP).

La jurisprudence a estimé que, dans un recours dirigé contre une adjudication de gré à gré, ce qui est le cas en l'espèce, le seul grief admissible était de prétendre que le marché a été attribué à tort selon la procédure de gré à gré, d'autres griefs impliquant notamment un contrôle matériel de la décision d'adjudication n'étant pas recevables (TA SG, GVP 1999, p. 104 ss. no 36). Ce principe est justifié par le fait que, comme il a été déterminé plus haut, l'adjudication d'un marché passé selon une procédure incorrecte est frappée de nullité.

Il n'est dès lors pas possible de statuer sur le choix de l'adjudicataire ni sur les griefs matériels soulevés par la recourante dans la mesure où toute la procédure doit être annulée.

La présente cause est donc renvoyée à l'entité adjudicatrice avec pour instruction d'agir selon la procédure sur invitation au sens de l'art. 12 al. 1 let. b bis AIMP afin de procéder à l'adjudication d'un marché tel que celui qui a fait l'objet de l'invitation à soumissionner du 3 octobre 2006; l'adjudicateur devra inviter au minimum trois soumissionnaires à présenter une offre et respecter l'ensemble des dispositions sur les marchés publics applicables à une telle procédure, dont notamment la mention dans l'appel d'offres des indications exigées par l'art. 14 RMP. Rien ne l'empêche en revanche de subdiviser le marché en lots distincts et de requérir des soumissionnaires invités qu'ils déposent des offres différenciées pour chaque lot (cf. art. 5 RMP).

5. a) Vu l'issue du recours, la requête d'effet suspensif est devenue sans objet.
- b) Il appartient aux parties qui succombent de supporter les frais de procédure (art. 131 CPJA), qui s'élèvent en l'espèce à 1'000 francs. L'entreprise B. SA supportera la moitié des frais, l'adjudicateur étant exonéré de sa part aux frais en application de l'art. 133 CPJA.

- c) La recourante qui a fait appel à un avocat pour la défense de ses intérêts a droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA). Celle-ci est mise à la charge de l'entreprise B. SA et de l'Etat de Fribourg par moitié.

210.6; 210.4.1