



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 630, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

602 2020 158

Arrêt du 26 janvier 2021

II^e Cour administrative

Composition

Président : Christian Pfammatter
Juges : Johannes Frölicher, Dominique Gross
Greffière-stagiaire : Sarah Darwiche

Parties

A._____, titulaire de l'entreprise individuelle **B.**_____,
recourant,

contre

DIRECTION DES FINANCES, agissant par le **SERVICE DE
L'INFORMATIQUE ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS (SITEL)**,
autorité intimée

Objet

Marchés publics

Recours du 28 décembre 2020 contre la décision du 16 décembre
2020

attendu

que, le 30 octobre 2020, l'Etat de Fribourg, agissant par la Direction des finances représentée par le Service de l'informatique et des télécommunications (SITel) en tant que service organisateur, a lancé un appel d'offres selon la procédure ouverte pour le projet de mise en œuvre de SAP S/4HANA à l'Etat de Fribourg en lieu et place de l'actuel SAP ECC 6.0 et BW/BO;

que le chiffre 2.5 du fascicule 2 des documents d'appel d'offres avait la teneur suivante:

Délai de réception:

Les offres complètes doivent parvenir à l'adresse précitée au plus tard le vendredi 11.12.2020 à 16h00. Les offres reçues tardivement sont irrecevables. Il appartient au soumissionnaire de prendre ses dispositions pour respecter ce délai.

qu'en outre, la publication de l'appel d'offres parue sur la plateforme SIMAP le 30 octobre 2020 (projet 211153) précisait expressément au chiffre 1.4 sous le titre "Délai de clôture pour le dépôt des offres" que "le timbre postal ne fait pas foi";

que A._____, titulaire de l'entreprise individuelle "B._____" a posté son offre le 10 décembre 2020 en courrier A, contrairement aux dispositions de l'appel d'offres qui exigeait un envoi par courrier recommandé. L'offre a été reçue le 14 décembre 2020, avec le courrier ordinaire;

que, par décision du 16 décembre 2020, le SITel a constaté que l'offre a été déposée tardivement et a exclu le soumissionnaire de la procédure d'appel d'offres;

qu'agissant le 28 décembre 2020, au nom de son entreprise individuelle, A._____ a contesté auprès du Tribunal cantonal la décision du 16 décembre 2020 dont il demande l'annulation. Il conclut à ce que son offre soit admise dans la procédure d'appel d'offres en cause. A l'appui de ses conclusions, il produit une quittance de la poste dont il ressort qu'il a déposé son dossier le 10 décembre 2020 au guichet de la poste pour expédition. Dans la mesure où selon les indications et les pratiques de la Poste, son envoi aurait normalement dû être distribué le lendemain, soit dans le délai, il estime qu'il n'est pas responsable du retard. A son avis, il a déposé son offre à temps, le cachet de la poste faisant foi. Cette constatation se justifie d'autant plus qu'en raison de la pandémie, il ne pouvait être exigé des participants qu'ils se rendent auprès du SITel pour déposer leur dossier en mains propres. Il souligne qu'il y a lieu de tenir compte du cachet de la poste car, même s'il avait déposé son offre plus tôt, son envoi aurait aussi pu faire l'objet d'une distribution tardive;

que, dans ses observations du 13 janvier 2021, le SITel conclut au rejet du recours en constatant que le recourant n'a pas respecté les conditions claires de l'appel d'offres concernant le délai de réception des offres et qu'il devait dès lors être exclu de la procédure de marché public;

considérant

que, déposé dans le délai et les formes prescrits, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 2 al. 1 de la loi fribourgeoise du 11 février 1998 sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1). Le Tribunal cantonal peut entrer en matière sur ses mérites;

que, selon l'art. 16 al. 1 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 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 ou incomplète des faits (let. b). Le Tribunal cantonal ne revoit pas le grief d'inopportunité (art. 78 al. 2 du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative [CPJA; RSF 150.1] et art. 16 al. 2 AIMP);

que, conformément à l'art. 23 al. 1 du règlement cantonal du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RSF 122.91.11; RMP), "l'offre doit être faite par écrit, remise sous pli fermé directement ou par poste, et parvenir complète dans le délai imparti au service mentionné dans l'appel d'offres. L'enveloppe doit préciser l'objet de l'offre et le nom du soumissionnaire";

qu'il apparaît ainsi clairement qu'en matière de marché public, le délai pour le dépôt des offres est en principe un délai de réception et non pas un délai d'envoi. Une autre solution ne pourrait entrer en considération que si un appel d'offres particulier l'indiquait expressément. Or, cela n'est pas le cas en l'espèce puisqu'il est spécifié sous le chiffre 2.5 du fascicule 2 de l'appel d'offres que le délai est bien un délai de réception. La publication sur SIMAP a précisé au surplus que le timbre de la poste ne fait pas foi;

qu'il n'y a ainsi aucun doute que, pour être prise en considération, l'offre devait parvenir au SITel dans le délai fixé au 11 décembre 2020 à 16h00. Du moment que ce n'est pas le cas de l'offre du recourant, reçue le 14 décembre 2020, celle-ci est irrecevable;

qu'il importe peu, dans ces circonstances, que le recourant ait déposé son offre à la Poste avant l'échéance du délai. Comme il a été dit, le moment du dépôt de l'offre n'est pas déterminant. De plus, il faut rappeler que les soumissionnaires ont été spécialement rendus attentifs qu'il leur appartenait de prendre leurs dispositions pour respecter ce délai. Le recourant ne peut donc pas invoquer la faute de tiers, en l'occurrence la Poste, pour éviter une exclusion (cf. dans une affaire similaire, arrêt TC VD MPU.2012.001 du 9 mars 2012 consid. 2b). La Poste est en l'occurrence un auxiliaire du soumissionnaire, qui est seul responsable du respect du délai vis-à-vis de l'adjudicateur. D'ailleurs en postant son envoi la veille du délai en courrier simple A (alors, il faut le rappeler, que les conditions de l'appel d'offres exigeaient un envoi recommandé), le recourant a pris un risque sérieux de réception de son offre hors délai qu'il doit assumer;

que, pour le surplus, en droit des marchés publics, le respect du délai de remise des projets revêt le caractère d'une condition essentielle à l'examen de l'offre. L'inobservation de ce délai constitue un grave vice de forme, compte tenu du risque de dérapage si la pratique n'est pas stricte en la matière (ZUFFREY/MAILLARD/MICHEL, Droit des marchés publics, 2002 p. 110). Il n'y a ainsi aucun formalisme excessif dans le fait d'écarter l'offre du recourant reçue hors délai (cf. arrêt TC VD MPU.2012.001 du 9 mars 2012 consid. 3);

que, manifestement mal fondé, le recours doit être rejeté;

qu'il appartient au recourant qui succombe de supporter les frais de procédure en application de l'art. 131 du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1);

la Cour arrête :

I. Le recours est rejeté.

Partant, la décision du 16 décembre 2020 est confirmée.

II. Les frais de procédure sont mis par CHF 800.- à la charge du recourant. Ils sont compensés avec l'avance de frais effectuée.

III. Notification .

Pour autant qu'elle pose une question de principe, cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification.

La fixation du montant des frais de procédure peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA).

Fribourg, le 26 janvier 2021/cpf

Le Président :

La Greffière-stagiaire :