

FR_GERICHTE 602 2012 134 vom 19. April 2013

FR Kantonsgericht, 2013-04-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2012_134

FR: FR_GERICHTE 602 2012 134 du 19 avril 2013

IT: FR_GERICHTE 602 2012 134 del 19 aprile 2013

Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

Volltext

Tribunal cantonal Kantonsgericht CANTON DE FRIBOURG / KANTON FREIBURG _____

_____ 602 2012-134 Arrêt du 19 avril 2013 IIe COUR ADMINISTRATIVE
COMPOSITION Président: Christian Pfammatter Juges: Johannes Frölicher, Joseph Hayoz
Greffière-stagiaire: Bénédicte Laville PARTIES A. _____ AG, recourante, représentée
par Me Ludovic Tirelli, avocat contre CONSEIL D'ETAT DU CANTON DE FRIBOURG,
autorité intimée, B. _____ SA, intimée OBJET Marchés publics Recours du 26 octobre
2012 contre la décision du 8 octobre 2012

- 2 - 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 6 juillet 2012, la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (ci-après: DAEC), Service des bâtiments, a lancé un appel d'offres en procédure ouverte concernant la transformation de l'ancien Hôpital Garcia destinée à abriter l'Institut Adolphe Merkle à Fribourg, en particulier l'exécution des travaux relatifs au lot CFC n° 301.0 - Equipements de laboratoires. Le 21 août 2012, la société A. _____ AG a déposé une offre pour un montant net de 1'355'434 fr. 60 en remplissant chaque poste du descriptif qui lui avait été adressé par le maître de l'ouvrage. En même temps que l'envoi de son offre, A. _____ AG a joint des remarques et observations à l'autorité adjudicatrice, relevant notamment un certain nombre de différences entre le descriptif du marché et les plans de détail et a indiqué qu'elle souhaitait remettre une variante, économiquement avantageuse, pour les cellules murales. B. Par décision du 8 octobre 2012, le Conseil d'Etat a adjugé les travaux en question à la société B. _____ SA pour un montant de 1'908'122 fr. 20. Le tableau multicritères du 26 septembre 2012, annexé à ladite décision, indique que les prix soumis par les entreprises ayant répondu à l'appel d'offres ont été "corrigés par l'adaptation des quantités avec les prix unitaires déposés selon les plans de soumission". L'offre de A. _____ AG était ainsi passée de 1'355'434 fr. 60 à 1'941'757 fr. 70. C. Agissant le 26 octobre 2012, A. _____ AG a contesté devant le Tribunal cantonal la décision du 8 octobre 2012 dont elle demande l'annulation sous suite de frais et dépens. Elle conclut préalablement à la restitution de l'effet suspensif, à la production du dossier original et complet ainsi qu'à bénéficier d'un deuxième échange d'écriture. Quant au fond, elle conclut principalement à l'attribution du marché et subsidiairement au renvoi du dossier à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants. A l'appui de ses conclusions, la recourante fait valoir tout d'abord une violation des articles 14, 15, 16 et 34 du règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11). Elle soutient que les documents d'appel d'offres n'étaient pas suffisamment complets pour qu'elle ait pu présenter une offre

correspondant à l'objet et à l'importance du marché en question. De plus, la recourante soutient que l'augmentation du prix de son offre à laquelle a procédé d'office l'adjudicateur est une modification au sens de l'art. 24 du document d'appel d'offres n° 3.3 intitulé "dispositions en matière de marchés publics" (ci-après "dispositions en matière de marchés publics") applicable à la présente procédure. Ainsi l'autorité adjudicatrice aurait dû fixer un nouveau délai pour le dépôt de nouvelles offres et non simplement adapter les offres qu'elle a reçues. La recourante affirme que si elle

- 3 - avait eu d'emblée connaissance des quantités définitives, elle aurait été en mesure d'offrir des prix inférieurs et d'accorder un rabais plus important. Finalement, la recourante se plaint d'une violation du principe de l'égalité de traitement entre concurrents au sens de l'art. 11 let. a de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2). Se fondant sur le tableau des critères d'adjudication du 26 septembre 2012, elle prétend que la société B. _____ SA a d'emblée connu la réelle importance du marché et a ainsi été en mesure de soumettre un prix correspondant aux quantités attendues. D. A réception du recours, le juge délégué a interdit la conclusion des contrats par mesure superprovisionnelle du 5 novembre 2012. E. Le 3 janvier 2013, le Conseil d'Etat, par l'intermédiaire de la DAEC, a déposé ses observations. Il conclut au rejet du recours dans la mesure où il est recevable et renonce à une décision sur la demande de restitution de l'effet suspensif formée par la recourante si le jugement sur le fond peut être rendu rapidement. L'autorité intimée expose qu'en l'espèce, le recours vise le contenu de l'appel d'offres et non la décision d'adjudication. En joignant à sa soumission le document intitulé "remarques et observations", la recourante démontre qu'elle avait connaissance, avant même le dépôt de son offre, des éléments sur lesquels elle base son présent recours. Ainsi, ayant tardé à agir, elle est à présent forclosée pour se plaindre. S'agissant du grief de la violation des art. 14, 15, 16 et 34 RMP, l'autorité intimée constate que certaines positions manquaient effectivement dans le descriptif par rapport aux plans de détail, ce qui l'a conduit à apporter les mêmes corrections, après l'ouverture des offres, à tous les soumissionnaires. Se fondant sur l'art. 24 des "dispositions en matière de marchés publics", elle estime qu'il ne s'agit que de modifications portant sur des aspects mineurs du projet qui ne justifiaient pas de demander une offre complémentaire dans la mesure où les positions qui ont été ajoutées étaient identiques à celles figurant déjà dans le descriptif. Elle relève au surplus que cette constatation se justifie d'autant plus que, dans le chapitre du cahier des charges relatif à l'ordre de priorité des documents de soumission, les plans dressés par le mandataire du maître de l'ouvrage ont la priorité sur le descriptif général des travaux. Par ailleurs, l'autorité intimée relève que le fait de ne pas avoir demandé aux soumissionnaires une offre complémentaire a, contrairement aux dires de la recourante, préservé le principe de l'égalité de traitement entre les participants. Elle constate enfin que l'argument concernant un rabais potentiellement plus important est purement hypothétique et qu'il peut également s'appliquer aux autres concurrents. F. Le 15 janvier 2013, la recourante a formulé des observations spontanées. Elle relève tout d'abord que l'autorité intimée reconnaît que tous les soumissionnaires étaient dans l'erreur et que les documents d'appel d'offres n'étaient pas clairs. De plus, à son sens, la correction des prix ayant été supérieure à 20 %, celle-ci entraîne une modification des prix unitaires ainsi que le prescrit la norme SIA 118, applicable au cas d'espèce en vertu de l'art. 26 des "dispositions en matière de marchés publics". Il ne s'agit pas d'une simple erreur de calcul que l'autorité adjudicatrice pouvait corriger unilatéralement mais bien d'une modification notable. En agissant de la sorte, l'autorité adjudicatrice a favorisé les entreprises dont les prix sont les plus avantageux sur de

- 4 - petites quantités. Dès lors, elle aurait dû demander aux soumissionnaires des explications ou répéter l'offre. G. B. _____ SA n'a pas donné suite à l'invitation qui lui a été faite de se déterminer sur le recours. e n d r o i t 1. a) Déposé dans le délai et les formes prescrits, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 2 al. 1 de la loi sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1). Dès lors qu'en qualité de soumissionnaire évincé, la recourante conclut principalement à l'adjudication du marché litigieux en sa faveur, elle a manifestement qualité pour contester la décision attribuant les travaux à un concurrent. Le Tribunal cantonal peut donc entrer en matière sur les mérites du recours. b) Selon l'art. 16 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 (let. a) et pour constatation inexacte des faits (let. b). Le Tribunal cantonal ne revoit pas le grief d'inopportunité (art. 78 al. 2 du code de procédure et de juridiction administrative; CPJA; RSF 150.1). 2. a) Contrairement à ce que prétend l'adjudicateur, la recourante n'est pas forclosée pour contester la décision d'adjudication et pour invoquer, dans ce contexte, les défauts affectant les documents d'appel d'offres. En effet, même si les documents d'appel d'offres font partie intégrante de l'appel d'offres, de sorte que les vices les affectant doivent en principe être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure, dans le délai de dix jours dès leur remise (ATF 130 I 241 consid. 4.2 p. 245; 125 I 203 consid. 3a p. 205 ss), encore faut-il que les irrégularités en cause aient été clairement reconnaissables. On ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent, dans les dix jours, à un examen approfondi de l'appel d'offres et des documents annexés pour tenter de déceler d'éventuelles erreurs. Ils peuvent partir du point de vue que les informations communiquées par le maître de l'ouvrage sont correctes. Il convient dès lors de ne pas se montrer trop strict et de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes (v. ATF 130 I 241 consid. 4.3 p. 247; 125 I 205 consid. 3a p. 205). Même s'il n'a pas l'obligation de saisir immédiatement le juge, le soumissionnaire qui constate une irrégularité dans le déroulement de la procédure d'appel d'offres n'en demeure pas moins tenu, en principe, de la signaler sans attendre à l'adjudicateur, au risque d'adopter un comportement contraire aux principes de la bonne foi et de la sécurité du droit (v. ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in ZBI 2003/104, p. 1 ss, 10). Cette règle est conforme à l'exigence de célérité à laquelle obéit la procédure relative à la passation des marchés publics, en ce sens qu'il est préférable de corriger immédiatement une irrégularité contenue dans l'appel d'offres et les documents y relatifs plutôt que de procéder à l'adjudication du marché et de s'exposer au risque, si le vice est

- 5 - ensuite constaté par un juge, de devoir reprendre la procédure à son début (ATF 130 I 241 consid. 4.3 pp. 246-247). b) En l'occurrence, l'autorité intimée reconnaît que le descriptif communiqué aux soumissionnaires pour établir leur offre contenait des erreurs. Dans la mesure, cependant, où la recourante a annexé à son offre une lettre dans laquelle elle lui signale les incohérences entre le descriptif et les plans d'exécution, le maître de l'ouvrage estime que celle-ci avait vu l'erreur et qu'elle aurait dû contester immédiatement les documents d'appel d'offres sans attendre la décision d'adjudication. Il perd de vue toutefois que l'erreur n'était pas facilement décelable puisque tous les soumissionnaires ont établi leur offre sur la base des documents erronés, sans corriger d'office le descriptif vicié en fonction des plans d'exécution. Vu la nature cachée de l'erreur, on ne pouvait pas attendre raisonnablement des soumissionnaires qu'ils constatent le problème dans les 10 jours dès réception des documents défectueux. Au mieux, le vice était de nature à apparaître

progressivement au cours de l'élaboration de l'offre et dans le délai de 40 jours ainsi imparti (art. 18 RMP). En réalité, la recourante a agi de manière parfaitement conforme à la bonne foi en attirant l'attention de l'adjudicateur sur la contradiction qui existait entre le descriptif et les plans d'exécution lorsqu'elle a lui a communiqué son offre, le 21 août 2012, à l'échéance du délai de soumission. Il est clairement abusif de lui reprocher de n'avoir pas agi plus tôt. La recourante n'est donc pas forclosée pour se plaindre des erreurs commises par le maître de l'ouvrage dans les documents d'appel d'offres. 3. a) L'autorité intimée part du point de vue que les erreurs commises dans le descriptif ne concernaient que les quantités pour lesquelles un prix unitaire avait été demandé, de sorte qu'il était possible de corriger les montants figurant dans les offres, sans dénaturer celles-ci, de la même manière qu'il est possible de corriger des erreurs de calcul. Il suffisait de multiplier le prix unitaire par les quantités correctes mentionnées dans les plans d'exécution pour obtenir l'offre réelle de chaque concurrent. Ce raisonnement ne peut pas être suivi. Comme l'explique à juste titre la recourante, au-delà d'un certain niveau, le prix unitaire que les entreprises sont en mesure de proposer pour une prestation varie en fonction des quantités en jeu. Il tombe sous le sens que les mécanismes de livraison en gros et de rabais de quantité peuvent profondément modifier le prix final. Il ne suffit donc pas de multiplier un prix unitaire fixé pour une petite quantité par un nombre supérieur d'unités pour obtenir le prix réel offert. Si, à la rigueur, cette pratique peut être admise pour de faibles variations de quantité, il est exclu de l'appliquer lorsque celles-ci sont importantes. En outre, du moment que des modifications conséquentes de quantité ont des effets matériels sur le prix unitaire, il n'est pas question de leur appliquer les règles sur les erreurs de calcul, destinées exclusivement à corriger des opérations arithmétiques neutres. b) Il n'est pas possible non plus de justifier la modification unilatérale des offres sous prétexte que, même artificiel, le résultat respecte le droit des marchés publics puisque chaque soumissionnaire aura été traité de la même façon et que, par conséquent, aucune distorsion du marché n'est à déplorer. Cette approche du problème,

- 6 - qui part du point de vue erroné que chaque concurrent peut accorder des rabais similaires sur les quantités supplémentaires demandées, ne peut pas être suivie. En effet, les prix que les entreprises sont en mesure de proposer en fonction des quantités ne varient pas de la même façon pour chacune d'elles. Tout dépendra de leurs fournisseurs, de leurs conditions de production et de l'appréciation différenciée qu'elles peuvent être amenées à faire du marché ainsi modifié. Certaines seront plus concurrentielles que d'autres sur de grandes quantités. c) Enfin, il n'est pas acceptable que le maître de l'ouvrage reporte sur les soumissionnaires la responsabilité de ses propres erreurs en laissant entendre que les entreprises auraient dû corriger d'office les vices du descriptif en fonction des plans d'exécution et qu'elles ne peuvent s'en prendre qu'à elles-mêmes s'il a fallu modifier leur offre fondée sur cette base erronée. Dans le domaine des marchés publics, il appartient à l'adjudicateur de configurer le marché mis en soumission comme il l'entend en fonction de ses besoins (ATF 137 II 313, p. 302, consid. 3.3.1). Pendant de cette liberté, le principe de la transparence lui impose d'indiquer à l'avance aux soumissionnaires potentiels tous les éléments minimaux et utiles leur permettant de déposer une offre valable et correspondant pleinement aux conditions posées (cf. ATF 125 II 86, p. 101 consid. 7c). Cela suppose qu'il soit procédé à une définition précise des besoins. Le cahier des charges doit, sous réserve d'exceptions non réalisées en l'espèce, contenir un descriptif des prestations demandées, qui doit être clair et précis (arrêt du Tribunal cantonal vaudois GE.2003.0064 du 29 août 2003 consid. 3a). En l'occurrence, ayant communiqué un descriptif erroné, il appartient à

l'adjudicateur de supporter les conséquences de sa maladresse (P. GALLI, A. MOSER, E. LANG, E. CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich, Bâle, Genève 2007, ch. 225 et 226). Il ne peut se cacher derrière l'art. 26 des "dispositions en matière de marchés publics", qui prévoit un ordre de priorité des documents dans lequel les plans d'exécution ont le pas sur le descriptif général des travaux, pour modifier unilatéralement les offres. Il est illusoire en effet de croire qu'une entreprise aurait pris le risque de modifier le descriptif détaillé de l'offre en se fondant exclusivement sur les plans d'exécution. Ces derniers, d'ailleurs, ne renseignaient en rien les soumissionnaires sur les spécificités techniques du matériel complémentaire à fournir. Quant au fait que la recourante n'a pas posé de question à l'adjudicateur lorsqu'elle a constaté l'erreur ne signifie pas que ce dernier puisse agir librement pour corriger l'offre en fonction des plans d'exécution. La possibilité de poser des questions n'est pas considérée comme étant de nature à dégager la responsabilité du maître de l'ouvrage lorsque la description du marché est irrégulière (cf. GALLI, MOSER, LANG, CLERC, ch. 225). Quoi qu'il en soit, même si elle n'a pas posé de question, la recourante a néanmoins attiré formellement l'attention de l'adjudicateur sur le problème constaté et a, de la sorte, satisfait aux exigences de la bonne foi. d) En réalité, la véritable question à résoudre dans la présente affaire est celle de savoir à partir de quand la modification unilatérale des quantités mentionnées dans l'appel d'offres - en l'occurrence dans le descriptif erroné - atteint une ampleur suffisante pour admettre qu'elle constitue une modification du marché, qui exclut l'usage des prix unitaires calculés sur la base des documents initiaux. Il n'est pas contestable qu'à petite échelle, une adaptation de l'offre en fonction des prix unitaires initiaux est encore compatible avec le principe de la transparence et de l'égalité. En revanche, passé un certain seuil, et pour les motifs indiqués précédemment, le procédé n'est plus admissible. Reste donc à déterminer ce seuil.

- 7 - Pour ce faire, il est possible de se référer à la norme SIA-118 qui règle une question similaire. Dans le cas des modifications de quantités suite à une modification de commande, l'art. 86 de la norme SIA-118 prévoit ce qui suit: 1Lorsque, par suite d'une ou plusieurs modifications de commande, les quantités fixées dans le devis descriptif à des prix unitaires sont modifiées dans une proportion qui ne dépasse pas 20 %, le prix unitaire convenu reste valable. 2Lorsque la quantité finale dépasse 120% ou n'atteint pas les 80% de la quantité prévue, chaque partie a le droit d'exiger qu'un nouveau prix unitaire soit fixé, sur la même base que l'offre, pour la quantité qui dépasse 120% ou celle qui n'atteint pas 80%; ce prix appelé prix complémentaire, fait l'objet d'un avenant au devis descriptif. 3.. 4.. Face à une correction d'un document d'appel d'offres erroné (la modification unilatérale des offres n'a pas d'autres buts), il y a lieu de considérer que la situation est identique à une modification de commande et que l'art. 86 SIA-118 donne un ordre de grandeur valable pour déterminer si la modification en cause constitue ou non une modification du projet qui exclut une adaptation unilatérale des offres (sur ces questions, cf. P. GAUCH, Der Werkvertrag, Zurich, Bâle, Genève, 5ème éd., 2011, n° 799 ss). Un facteur de 20 % à la hausse ou à la baisse paraît raisonnable. Il permet d'éviter d'alourdir les procédures pour des modifications de peu d'importance et garantit en revanche une transparence suffisante et la réalité des offres dans les autres cas. En l'occurrence, l'examen du récapitulatif corrigé après l'ouverture des offres montre que les modifications de l'appel d'offres impliquent une augmentation de plus de 20 % des quantités mises en soumission. Indirectement, cette constatation ressort également du prix final offert par la recourante qui passe de 1'355'434 francs pour les quantités prévues dans le descriptif à 1'908'122 francs pour les quantités corrigées, soit une augmentation de 43,25 %. Vu l'ampleur de l'adaptation unilatérale de

l'offre destinée à corriger les erreurs d'un document essentiel d'appel d'offres, il faut constater qu'en réalité, le maître de l'ouvrage a modifié le marché mis en soumission. e) Or, à l'art. 24 des "dispositions en matière de marchés publics", l'adjudicateur s'est réservé la possibilité de modifier le marché, selon une procédure déterminée. Cette disposition prévoit que "le pouvoir adjudicateur peut apporter aux documents d'appel d'offres des modifications qui ne portent en principe que sur des aspects mineurs du projet. Si ces modifications interviennent avant le dépôt des offres, l'adjudicateur fixe si nécessaire à tous les soumissionnaires inscrits un nouveau délai pour le dépôt des offres. Si elles interviennent après le dépôt des offres, les soumissionnaires donnent d'ores et déjà leur accord à une procédure d'offre complémentaire qui se déroulera de la manière suivante. L'adjudicateur communique à tous les soumissionnaires ayant déposé une offre les modifications envisagées. Dans le respect de l'égalité de traitement, il leur impartit un délai suffisant pour déposer une offre complémentaire". En l'occurrence, du moment que les quantités en cause dépassaient de plus de 20 % les indications du descriptif initial, il était nécessaire de demander pour le moins une offre

- 8 - complémentaire, à défaut de recommencer purement et simplement la procédure d'adjudication viciée. 4. Le recours doit ainsi être admis et l'adjudication litigieuse annulée. La cause est renvoyée à l'autorité intimée, à qui il incombe de demander une offre complémentaire à tous les soumissionnaires ayant déposé une offre, conformément à l'art. 24 des "dispositions en matière de marchés publics". Vu l'issue du recours, il est inutile de se prononcer sur les autres griefs de la recourante. Sa demande de restitution de l'effet suspensif est par ailleurs devenue sans objet. 5. Obtenant gain de cause, la recourante a droit à une indemnité de partie pour les frais qu'elle a engagés dans la défense de ses intérêts (art. 137 CPJA). L'Etat de Fribourg est exonéré des frais de procédure (art. 133 CPJA).
I a C o u r r a r ê t e : I. Le recours est admis. La décision attaquée est annulée. La cause est renvoyée à l'autorité intimée pour instruction et décision dans le sens des considérants. II. Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance versée par la recourante, par 5'000 francs, lui est restituée. III. Un montant de 4'562 fr. 25 (y compris 337 fr. 95 de TVA) à verser à Me Ludovic Tirelli à titre d'indemnité de partie est mis à la charge de l'Etat de Fribourg. Pour autant qu'elle porte sur 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.
Givisiez, le 19 avril 2013/cpf La Greffière-stagiaire: Le Président:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.