

# FR\_GERICHTE 602 2017 39 vom 27. Dezember 2017

FR Kantonsgericht, 2017-12-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_602\\_2017\\_39](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2017_39)

FR: FR\_GERICHTE 602 2017 39 du 27 décembre 2017

IT: FR\_GERICHTE 602 2017 39 del 27 dicembre 2017

## Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

## Erwägungen

### E. 8

avril 2016 sur la plate-forme SIMAP et dans la Feuille officielle un appel d'offres par voie de procédure ouverte, concernant la phase CFC 281.0 "Couches supports, chapes" de la construction de la nouvelle école. Aux postes 616.103 (chape sans chauffage au sol prête à recevoir un revêtement après jours 14 à 20) et 716.103 (chape avec chauffage au sol prête à recevoir un revêtement après jours 14 à 20) du CFC 281.0, le maître de l'ouvrage s'est trompé et a indiqué une quantité de 3925 m<sup>3</sup>, respectivement de 2'300 m<sup>3</sup>, alors qu'en réalité il s'agissait de 541 m<sup>3</sup> et 190 m<sup>3</sup>. Le délai initial pour le dépôt des offres a été fixé au 18 mai 2016. B. La société A. \_\_\_\_\_ SA a déposé une offre datée du 13 mai 2016 pour un montant net de CHF 397'199.60. Constatant que les quantités en m<sup>3</sup> figurant aux postes 616.103 et 716.103 n'étaient pas réalistes, l'entreprise a supposé qu'il s'agissait d'une erreur de plume et que le maître de l'ouvrage voulait un prix au m<sup>2</sup>. Elle a ainsi offert un prix unitaire de CHF 5.80 par m<sup>2</sup> au lieu de l'unité en m<sup>3</sup> prescrite par les documents d'appel d'offres. C. Selon le procès-verbal d'ouverture des offres, sur les six entreprises ayant participé au marché, l'offre de A. \_\_\_\_\_ SA était la moins chère à ce stade. D'autres soumissionnaires, manifestement pour les mêmes motifs, ont également tracé l'unité en m<sup>3</sup> et proposé un prix pour l'unité en m<sup>2</sup>. Les deux soumissionnaires ayant respecté la demande erronée d'appel d'offre et calculé leur offre sur cette base disproportionnée ont déposé une proposition nettement plus chère. Suite à un audit qui s'est déroulé le 20 juillet 2017, le maître de l'ouvrage s'est rendu compte de l'erreur de quantité et a invité le lendemain les soumissionnaires à corriger leur offre de manière à obtenir un prix unitaire au m<sup>3</sup>. Le courriel envoyé à A. \_\_\_\_\_ SA avait la teneur suivante: "Je fais suite à notre séance d'audition pour le CFC 281.0 Chapes et notre discussion téléphonique. Merci de me donner l'équivalent de votre prix au m<sup>2</sup> de 5.80.- pour un prix au m<sup>3</sup> (article 616.103 et 716.103). Les quantités sont fausses. Certainement une erreur de calcul. Nous apporterons la correction par rapport aux quantités corrigées (...). Dans l'attente de votre retour." Le 24 juillet 2016, A. \_\_\_\_\_ SA a indiqué que le prix au m<sup>3</sup> des postes 616.13 et 716.103 était de CHF 55.- par m<sup>3</sup>. Tous les autres soumissionnaires ont été informés de l'erreur de quantité. Ceux qui avaient exprimé leur offre en m<sup>2</sup> ont été invités à l'adapter en fonction des quantités en m<sup>3</sup>, ce qu'ils ont fait. Une entreprise a maintenu le même prix unitaire en m<sup>3</sup> et en m<sup>2</sup>, soit CHF 5.-, de sorte que, compte tenu des quantités exactes, son offre est passée à la 1ère place à l'ouverture des offres. D. Par décision du 13 septembre 2016, la Commission de bâtisse a prononcé l'interruption et la répétition de la procédure d'appel d'offres relative à l'adjudication des travaux concernant la phase CFC 281.0 "Couches

supports, chapes", dès lors qu'à son avis, cet appel d'offres était entaché d'une erreur d'unité qui empêchait de comparer les offres, certaines ayant été exprimées en m2 et d'autres en m3.

Tribunal cantonal TC Page 3 de 10 E. Le 26 septembre 2016, A. \_\_\_\_\_ SA a interjeté un recours contre la décision précitée auprès du Préfet du district de la Gruyère en concluant à l'annulation de la décision d'interruption et de répétition de la procédure. Elle a allégué, en se référant à la jurisprudence, qu'il n'existait pas de justes motifs au sens des arts. 13 let. i de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2) et 34 al. 1 let. b du règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11) pour interrompre le marché. Compte tenu des quantités importantes indiquées dans l'appel d'offres (pour l'article 616.103 : 3925 et pour l'article 716.103 : 2300) et de la nature de l'ouvrage (surface de chapes), elle a maintenu que l'unité correcte aurait dû être le m2. Nonobstant cela, le pouvoir adjudicateur aurait dû par simple calcul transformer les m2 en m3. A son avis, les résultats n'auraient pas été biaisés, puisque l'erreur n'a pas pour conséquence d'augmenter certaines offres par rapport à d'autres. Selon elle, l'erreur d'unité dans l'appel d'offres n'avait ainsi pas de conséquence sur l'appréciation des offres finales de sorte que l'autorité adjudicatrice avait fait preuve de formalisme excessif en décidant d'interrompre et de répéter la procédure. Suite à la demande de récusation du Préfet de la Gruyère qui préside l'association défenderesse et qui était déjà intervenu précédemment dans l'affaire, le Conseil d'Etat a désigné le 11 octobre 2016 le Préfet de la Glâne en qualité de préfet suppléant. Le 10 novembre 2016, l'autorité adjudicatrice a déposé ses observations en concluant au rejet du recours. Elle a estimé qu'en raison des unités différentes utilisées entre les offres, la seule solution pour garantir une concurrence efficace était d'interrompre et répéter la procédure d'appel d'offres. A cet égard, bien qu'elle ait admis que les quantités indiquées étaient trop importantes, elle a spécifié que son erreur n'excusait pas celle des soumissionnaires sur les unités. Elle a souligné que le choix d'unité en m3 était voulu. Il s'expliquait par le fait que le rajout d'un adjuvant pour séchage rapide à la composition de la chape avait pour conséquence que cette dernière ne se mesurait plus en m2 mais en m3 selon le Catalogue des articles normalisés (CAN), applicable en l'espèce. En effet, le dosage de l'adjuvant rajouté était en corrélation avec le volume de la chape. Au vu de la différence importante de prix en m3 (CHF 55.-) et en m2 (CHF 5.80.-) indiquée par la recourante, les offres étaient, selon elle, fortement influencées par cette erreur. Elle ne pouvait ainsi ni appliquer les prix initiaux mentionnés par les soumissionnaires ni corriger elle-même les offres sans violer l'interdiction de discrimination entre les soumissionnaires. Elle a souligné à ce sujet que les soumissionnaires auraient pu lui poser la question en cas de doute sur l'unité. Par ailleurs, elle a estimé que la décision d'interruption et de répétition de la procédure n'engendrerait pas des coûts supplémentaires importants pour les soumissionnaires et ne retarderait donc pas la période d'exécution des travaux mis en concurrence. Elle a enfin souligné qu'elle aurait pu exclure les offres ayant indiqué un prix en m2, mais par souci de garantir une concurrence efficace, elle avait préféré la solution actuellement contestée. Par mémoire du 22 décembre 2016, A. \_\_\_\_\_ SA a produit ses contre-observations en maintenant ses conclusions. Elle a fait valoir que l'autorité adjudicatrice aurait dû lui attribuer le marché parce qu'elle est le meilleur marché. Selon elle, l'intimée aurait dû trouver une solution moins incisive vu l'impact insignifiant de l'erreur d'unité sur le prix final des offres. Elle a en outre allégué que l'interruption du marché était due à l'erreur du pouvoir adjudicateur sur les quantités données et non à celle de certains soumissionnaires ayant modifié la

soumission. Elle a enfin déclaré qu'une correction tant pour les quantités que pour les unités apportée directement par le pouvoir adjudicateur n'aurait pas faussé les offres.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 10 Dans ses remarques finales du 19 janvier 2017, l'autorité adjudicatrice a notamment souligné qu'elle avait pris sans succès des mesures moins incisives en convoquant les soumissionnaires à une audition et en procédant à un échange de courriels pour leur signaler l'erreur d'unité. Elle a également indiqué qu'elle ne devait et ne pouvait que corriger l'erreur sur les quantités et non celle relative à l'unité. F. Par décision du 6 avril 2017, le Préfet de la Glâne a rejeté le recours. Retenant que l'unité correcte était le m<sup>3</sup> et non le m<sup>2</sup> pour des chapes à séchage rapide, il a refusé de qualifier cette erreur d'unité comme une erreur évidente (erreur de plume) au sens de l'art. 26 al. 2 RMP, devant être corrigée par le pouvoir adjudicateur. Selon lui, une telle correction aurait violé les principes d'intangibilité des offres, de la concurrence efficace, de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, et de la transparence de la procédure. Il a, au contraire, estimé que ladite erreur constituait un juste motif au sens de l'art. 34 al. 1 let b RMP et compromettait ainsi la garantie d'une concurrence efficace. En effet, vu l'impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de comparer les différentes offres, il ne pouvait pas adjuger le marché à la recourante, sans violer les règles fondamentales des marchés publics. Il a également estimé que la décision d'interruption et de répétition ne conduisait pas à une inégalité de traitement entre les soumissionnaires de la nouvelle procédure du moment que les offres étaient restées confidentielles, que l'appel d'offres n'allait pas être significativement modifié et que la probabilité que de nouvelles entreprises participent à la nouvelle procédure était relativement faible. Il a ainsi conclu que l'intérêt public tenant au respect du principe de la passation d'un marché en pleine concurrence prévalait sur l'intérêt lié à la célérité de la procédure, surtout lorsque, comme en l'espèce, le planning des travaux pouvait encore être respecté. G. Agissant le 13 avril 2017, A. \_\_\_\_\_ SA a contesté devant le Tribunal cantonal la décision préfectorale du 6 avril 2017 dont elle demande à l'annulation sous suite de frais et dépens. Elle conclut à la poursuite de la procédure de passation du marché. A l'appui de ses conclusions, la recourante fait valoir une violation des art. 13 let. 1 AIMP, 34 al. 1 let. b RMP et des principes généraux prévalant en matière de marchés publics. Elle prétend qu'au vu de l'insignifiance de l'erreur d'unité et de l'absence d'intérêt public, il n'y avait en l'espèce pas de justes motifs pour interrompre la procédure. L'autorité adjudicatrice aurait dû ainsi trouver d'autres solutions pour corriger l'erreur. Elle ajoute que les erreurs d'unités sont imputables à l'autorité adjudicatrice qui a indiqué des quantités trop importantes. Par conséquent, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas invoquer un juste motif qui est lié à un manquement de sa part pour interrompre la procédure. Par ailleurs, elle conteste le fait que son offre aurait pu être exclue en raison du non-respect de l'unité mentionnée dans l'appel d'offre. Selon elle, ce vice n'était pas suffisamment grave et ne compromettait pas sérieusement l'objectif recherché par la prescription formelle en cause. Elle invoque enfin une violation de l'art. 11 AIMP. En acceptant l'interruption de la procédure et en rendant public le prix de l'offre la meilleur marché, l'autorité intimée aurait empêché d'une part une concurrence efficace des offres au niveau des prix et d'autre part mis de facto la recourante dans une situation d'inégalité de traitement. Dans ses observations du 3 mai 2017, l'autorité intimée conclut au rejet du recours. Elle propose néanmoins d'accorder l'effet suspensif requis jusqu'à la décision au fond dès lors l'issue du litige est, à son avis, plus qu'incertaine.

Tribunal cantonal TC Page 5 de 10 L'intimée s'est déterminée le 8 mai 2017, en concluant elle aussi, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours. Elle conteste la qualification d'erreur de plume pour l'erreur d'unité. Elle estime que la recourante devait savoir que, dès l'ajout d'un adjuvant à la composition de la chape, celle-ci se mesurait en m3 dès lors que les unités données par le CAN pour des chapes à séchage rapide sont standardisées. Elle souligne de plus que la recourante aurait pu poser la question en cas de doute durant la phase expressément prévue. Par ailleurs, elle est d'avis qu'au vu des résultats insatisfaisants des mesures moins incisives déjà prises, elle n'avait pas d'autre choix que d'interrompre la procédure pour ne pas violer les principes généraux des marchés publics. Elle indique « [qu']elle se trouvait en effet dans les hypothèses suivantes selon le choix d'action: - l'autorité adjudicatrice procédait à l'adjudication avec les prix dans une fausse unité pour certains soumissionnaires: (...) elle aurait violé l'interdiction de discrimination entre soumissionnaires puisqu'elle aurait accepté des offres qui ne respectaient pas les conditions générale et le CAN et, en plus, auraient pu être considérées comme anormalement basses; - l'autorité adjudicatrice excluait de la procédure d'appel les soumissionnaires qui n'avaient pas respecté l'unité et dès lors les conditions générales: (...) elle aurait dû adjuger le marché à un soumissionnaire dont l'offre était plus chère et dès lors violer l'exigence d'une utilisation rationnelle des deniers publics; - l'autorité adjudicatrice corrigeait elle-même le prix en mettant des prix pour l'unité m3: (...) elle aurait violé le principe de concurrence (...); - l'autorité adjudicatrice demandait aux soumissionnaires si le prix changeait pour l'unité m3 : c'est ce qu'elle a fait. Toutefois en l'absence de prix pour l'unité m3 s'agissant de l'ensemble des soumissionnaires, elle se retrouvait dans la première hypothèse. » A ce sujet, elle relève l'importance de distinguer l'erreur commise par la recourante concernant l'unité, qui ne pouvait et ne devait pas être corrigée d'office, de la sienne concernant les quantités qui pouvait et devait être corrigée d'office. Enfin, elle conteste avoir violé le principe de l'égalité de traitement, du moment qu'elle n'a pas communiqué les offres des autres soumissionnaires. H. Par décision du 12 mai 2017, le Tribunal cantonal a octroyé l'effet suspensif au recours dans le sens que l'autorité adjudicatrice n'a pas obtenu le droit d'attribuer le marché dans une nouvelle procédure de passation tant que le recours contre l'interruption n'aurait pas été tranché. En revanche, rien ne l'empêchait, à titre provisionnel, de relancer une procédure d'appel d'offre en avertissant les éventuels soumissionnaires de l'existence du recours, de manière à ne pas perdre de temps si ce recours devait finalement être rejeté. Le 24 octobre 2017, le Juge délégué à l'instruction du recours a requis de l'intimée qu'elle lui indique les soumissionnaires ayant déposé une offre en m2 et ceux qui l'ont fait en m3, ainsi que ceux qui ont transformé leur offre de m2 en m3 suite à l'audit. Il a également été demandé de lui indiquer les quantités correctes correspondant aux postes 616.103 et 716.103, toutes ces informations ne ressortant ni du dossier, ni des écritures. Le 2 novembre 2015, l'intimée a fourni les informations désirées (qui ont déjà été mentionnées pour des questions de clarté de l'état de fait sous considérant A. et C. ci-dessus). Elle a fourni en

Tribunal cantonal TC Page 6 de 10 particulier un tableau qui mentionne, pour tous les soumissionnaires, le montant unitaire en m2 (pour ceux concernés), le montant unitaire en m3, ainsi que le prix total en fonction des quantités erronées d'une part, des quantités correctes d'autre part. Par lettre du 15 décembre 2017, la recourante a maintenu ses conclusions. Consciente que, désormais, elle ne figure plus comme première à l'ouverture des offres, avant mise en œuvre de tous les critères d'adjudication, elle estime qu'il n'est pas possible de tenir compte de l'offre modifiée du soumissionnaire qui a maintenu le même

prix unitaire malgré le changement d'unité entre le m2 et le m3. Il s'agit à son avis d'un revirement tardif inacceptable, contraire au droit des marchés publics. en droit 1. a) Déposé dans le délai et les formes prescrits, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 12 al. 1 de la loi fribourgeoise du 11 février 1998 sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1). En qualité de soumissionnaire ayant participé à la procédure de passation du marché qui a été interrompue et disposant de bonnes chances d'obtenir ce marché si celle-ci devait être menée à son terme, la recourante a manifestement qualité pour recourir contre la décision préfectorale qui confirme la légalité de l'interruption. 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 ou incomplète des faits (let. b). En revanche, faute d'habilitation légale expresse, le Tribunal cantonal ne revoit pas en l'espèce le grief d'inopportunité (art. 78 al. 2 du code cantonal du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative, CPJA; RSF 150.1). 2. a) En application de l'art. 13 let. i AIMP qui impose aux cantons de garantir la possibilité d'interrompre et de répéter la procédure de passation en cas de justes motifs, le législateur fribourgeois a édicté l'art. 34 al. 1 RMP. Cette disposition prévoit que: L'adjudicateur peut interrompre ou répéter la procédure pour de justes motifs, notamment dans les cas suivants: a) aucune offre satisfaisant aux exigences techniques et aux critères définis dans les documents d'appel d'offres ou dans l'appel d'offres n'a été remise; b) les offres déposées ne permettent pas de garantir une concurrence efficace; c) en raison de modifications des conditions cadres ou marginales, des offres plus avantageuses sont attendues du fait de la disparition de distorsions de concurrence; d) une modification importante du marché a été nécessaire; e) il ne dispose pas du financement suffisant pour adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. b) Il découle de cette énumération exemplative que l'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure n'est possible qu'à titre exceptionnel et suppose un motif important. L'interruption du marché (qui suppose l'annulation de tous les actes déjà accomplis)

Tribunal cantonal TC Page 7 de 10 apparaît donc comme une ultima ratio. Cette approche restrictive s'explique par le fait que, lorsqu'il met en place une procédure de marché public, le pouvoir adjudicateur doit assurer à chaque soumissionnaire une chance réelle et juste d'être choisi en fonction des exigences posées. Or, cette chance est retirée lorsque le pouvoir adjudicateur interrompt la procédure sans avoir attribué le marché. Certes, les soumissionnaires pourront à nouveau déposer une offre si la procédure est répétée, mais cela engendre des coûts supplémentaires et, selon les circonstances, une diminution des chances d'obtenir le marché dans cette seconde procédure au cas où le nombre de soumissionnaires serait plus important ou si de nouvelles exigences les désavantageaient. S'ajoute à cela que la mise en oeuvre d'une seconde procédure peut produire des effets contraires aux règles sur les marchés publics et à l'objectif de libre concurrence poursuivi, notamment parce que les précédents soumissionnaires auront pu (à tout le moins partiellement) prendre connaissance des premières offres formulées par leurs concurrents. Il faut donc éviter que l'interruption de la procédure soit utilisée de manière abusive. Le caractère exceptionnel de l'interruption du marché, qu'elle soit suivie ou non de la répétition de la procédure, découle aussi du fait que cette mesure implique, selon le moment où elle intervient, de revenir sur des décisions déjà entrées en force, en particulier la décision de l'appel d'offres, ce qui nuit à la sécurité juridique. Finalement, il existe un intérêt public à ce que la procédure de marché public puisse se dérouler avec toute la célérité requise, ce que confirment notamment l'instauration de délais de recours relativement brefs et l'absence

d'effet suspensif automatique à différents recours, tandis que la réorganisation d'une procédure d'appel d'offres et d'adjudication ab ovo a pour conséquence de fortement retarder l'avancement d'un marché public et d'entraîner des coûts supplémentaires. Or, ces intérêts publics militent eux aussi en faveur d'un maniement très restrictif de la possibilité de réinitier ab ovo les procédures d'appel d'offres et d'adjudication (cf. ATF 141 II 353 consid. 6.1 et les références). 3. Dans le cas particulier, le pouvoir adjudicateur, suivi en cela par le préfet, a considéré que les difficultés liées à l'appréciation des offres rendaient impossible une adjudication dès lors que les offres n'étaient pas comparables puisque certaines avaient été formulées à un prix unitaire en m2 et d'autres à un prix unitaire en m3.

a) En réalité, il faut constater que cette divergence dans les offres a été directement provoquée par une erreur de base qui a été commise dans le document d'appel d'offres dès lors que les quantités indiquées en m3 pour le calcul du prix des chapes étaient à ce point élevées que, de bonne foi, quatre soumissionnaires, sur les six qui ont répondu, ont considéré que les chiffres indiqués ne pouvaient que concerner des m2 et non des m3. Si l'on peut leur reprocher d'avoir corrigé d'office ce qu'ils ont crû être une simple erreur de plume, sans en référer au maître de l'ouvrage, il n'en demeure pas moins que leur démarche est explicable par les fausses quantités contenues dans le document d'appel d'offre. Il s'ensuit que les deux problématiques, celle de l'unité à appliquer et celle des quantités, sont étroitement liées. b) Contrairement à ce que prétend la recourante, il n'était pas possible pour l'intimée de prendre en considération les offres reçues et de les modifier unilatéralement en fonction des quantités réelles et de l'unité voulue. Selon la jurisprudence, au-delà d'un certain seuil, la modification par le maître de l'ouvrage des quantités figurant dans le document d'appel d'offres constitue une modification du marché mis en soumission qui exclut l'usage des prix unitaires calculés sur la base des documents initiaux. S'inspirant de l'art. 86 de la norme SIA-118, la Cour de céans a considéré que tel est en principe le cas lorsque le facteur de variation est de 20% à la hausse ou à la baisse (arrêt TC FR 602 2012 Tribunal cantonal TC Page 8 de 10 134 du 19 avril 2013 consid. 3d). En l'occurrence, les quantités ont varié de plus de 700 % dans un cas et de 1200 % dans l'autre. Cette différence importante se reflète clairement dans les offres des deux concurrents qui ont respecté les données fournies par le maître de l'ouvrage en m3, dès lors que chacun a présenté une offre globale supérieure à CHF 600'000.- contre une valeur d'environ CHF 400'000.- pour les autres soumissionnaires qui ont estimé que les quantités étaient exprimées en m2. En d'autres termes, l'erreur de quantité commise par le maître de l'ouvrage était d'une importance suffisante pour lui interdire d'adapter unilatéralement les prix unitaires indiqués dans les offres. A fortiori, il ne pouvait pas, en plus, transformer de sa propre initiative les prix offerts en m2 pour les exprimer en m3. La correction des quantités impliquait bien en l'espèce une modification au moins partielle du marché. c) Cela étant, une telle situation n'implique pas nécessairement une interruption de la procédure. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, cette mesure constitue l'ultima ratio et il est nécessaire d'épuiser les possibilités moins incisives avant d'y recourir, surtout lorsque l'origine du problème réside, comme en l'espèce, dans une erreur du maître de l'ouvrage. Dans son arrêt 602 2012 134, déjà cité, le Tribunal cantonal, tout en reconnaissant que l'erreur de quantité constituait une modification partielle du marché, n'a pas imposé à l'adjudicateur d'interrompre la procédure, mais lui a enjoint d'utiliser la possibilité qu'il s'était aménagée dans les conditions générales de l'appel d'offres de modifier ledit marché selon une procédure déterminée, intitulée "procédure d'offre complémentaire". Au terme de celle-ci, l'adjudicateur communiquait à tous les soumissionnaires ayant déposé une offre les modifications envisagées et, dans le

respect de l'égalité de traitement, leur impartissait un délai suffisant pour déposer une offre complémentaire. Dans le cas particulier, l'intimée dispose également d'une norme similaire dans ses conditions générales. Sous le chiffre 4.13 du "dossier d'appel d'offres", il est spécifié, sous le titre "modification du cahier des charges par l'adjudicateur" que l'adjudicateur peut modifier le contenu du cahier des charges pour autant que cela ne remette pas fondamentalement en question la nature du marché et que cela ne porte que sur des questions de détail ou d'aspects secondaires. Si cette modification intervient avant le dépôt de l'offre, l'adjudicateur indiquera, si nécessaire, le nouveau délai pour le dépôt de l'offre. Si cette modification intervient après le dépôt de l'offre, il veillera à ce que tous les soumissionnaires soient mis à pied d'égalité et possèdent un délai suffisant pour répondre à la demande. Le cas échéant, il veillera à donner ces modifications dans une même mesure et dans le même délai à tous les soumissionnaires. Même si l'on peut douter qu'en l'occurrence les modifications en cause portent sur des questions de détail ou d'aspects secondaires, il apparaît néanmoins clairement que celles-ci ne remettent pas fondamentalement en question la nature du marché, que ce soit sous l'angle du genre de prestations requises ou du point de vue de la valeur globale de celui-ci. C'est ce qui est décisif. En effet, lorsque la modification du marché ne remet pas en cause sa nature, la possibilité de lancer une procédure d'appel d'offres complémentaire auprès des soumissionnaires ayant déposé une offre doit être considérée comme une règle générale du droit des marchés publics, fondée sur les principes de la proportionnalité, de la célérité et, en cas d'erreur de sa part, de la bonne foi du maître de l'ouvrage. Tant que l'essence même du marché reste identique, de sorte que le cercle des soumissionnaires potentiels ne varie pas par rapport à l'appel d'offres principal, ce procédé n'est pas contraire au principe de la libre concurrence. Il permet en revanche, surtout en cas de

Tribunal cantonal TC Page 9 de 10 simple erreur sur les quantités, de pallier les inconvénients d'une interruption de procédure mentionnés ci-dessus (cf. consid. 2b). A cet égard, il faut constater que, dans le cas particulier, les mandataires de l'intimée ont fait usage de la règle des conditions générales. Par courriel ou par oral lors de l'audit, ils ont informé tous les soumissionnaires (y compris ceux qui avaient déposé une offre en m3) qu'il y avait une erreur de quantité. Même s'ils n'ont pas précisé à cette occasion quelles étaient les quantités exactes (ce qu'on aurait pu en principe attendre de l'auteur de l'erreur), le renseignement sur l'existence de l'erreur suffisait aux destinataires dès lors que les surfaces et les épaisseurs à prendre en considération sont indiquées sous d'autres points de l'appel d'offres. Il suffisait ainsi d'attirer leur attention sur cette circonstance. De plus, tous les concurrents ayant formulé leur offre en m2 ont été invités à la déposer en m3. En d'autres termes, tous les participants à la procédure ont eu la possibilité d'adapter leur offre à la nouvelle situation, en maintenant leur prix ou en le modifiant à la hausse ou à la baisse en fonction des nouvelles quantités. Qu'ils l'aient fait ou pas relève de leur autonomie. Partant, après réception des réponses des intéressés, l'adjudicateur avait en mains un tableau complet des offres avant épuration, similaire à ce qu'il aurait obtenu à l'issue de l'ouverture normale des offres. Il n'y avait donc aucune nécessité d'interrompre la procédure de marché public.

d) Certes, il semble qu'invité à formuler son prix unitaire pour les nouvelles quantités en m3, un soumissionnaire, qui initialement avait proposé CHF 5.-/m2, a simplement maintenu le prix unitaire en m3, soit CHF 5.-/m3. C'est dans ce sens que l'intimée fait valoir que tous les soumissionnaires n'auraient pas adapté leur prix à la nouvelle situation. Cette appréciation est fautive. Du moment que l'entreprise considérée a effectivement offert ce prix de CHF 5.-/m3, aucun motif ne justifie de ne pas en tenir compte. Il faut rappeler, à cet

égard, qu'invités à déposer une offre complémentaire sur certains points modifiés, les soumissionnaires ne sont pas tenus de garder les chiffres indiqués précédemment et qu'ils peuvent opérer une nouvelle appréciation du marché en fonction des quantités réelles à fournir (arrêt TC FR 602 2012 134 déjà cité). Rien n'empêchait dès lors une entreprise, qui ne connaissait pas les prix de ses concurrents, de baisser le sien sur l'offre complémentaire pour améliorer ses chances d'obtenir le marché. Savoir si, ce faisant, elle a présenté un prix global anormalement bas ne relève pas de l'objet de la présente procédure. Tout au plus convient-il de rappeler que la pratique fribourgeoise est très restrictive pour admettre l'existence d'un dumping illégal (cf. art. 29 RMP en lien avec l'art. 25 al. 2 RMP). 4. Compte tenu de ce qui précède, on doit constater qu'après avoir demandé et reçu des offres complémentaires permettant une comparaison effective des offres, l'intimée a violé l'art. 34 al. 1 RMP en prononçant l'interruption de la procédure. Elle ne disposait plus à ce moment d'un juste motif pour prendre cette mesure. Dans ces conditions, il y a lieu d'annuler la décision préfectorale du 13 avril 2017 qui a confirmé l'interruption et d'ordonner la reprise de la procédure initiale. 5. Le recours doit ainsi être admis. L'intimée et l'Etat de Fribourg (agissant par le Préfet de la Glâne), qui succombent, sont exonérés des frais de procédure (art. 133 CPJA).

Tribunal cantonal TC Page 10 de 10 Il leur appartient en revanche de verser une indemnité de partie à la recourante qui a fait appel aux services d'un avocat pour défendre ses intérêts (art. 137 CPJA). Cette indemnité doit être mise à la charge de l'intimée à raison des  $\frac{3}{4}$  et à la charge de l'Etat de Fribourg à raison d' $\frac{1}{4}$ . Dès lors que cette affaire ne présentait aucune difficulté ou ampleur particulière, aucun motif ne justifie d'ignorer la limite maximale ordinaire de CHF 10'000.- fixée pour les honoraires d'avocat par l'art. 8 al. 1 du tarif cantonal du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (RSF 150.12). La liste de frais de la recourante sera dès lors adaptée en conséquence. L'avance de frais de CHF 2'500.- est restituée. la Cour arrête: I. Le recours est admis. La décision préfectorale du 13 avril 2017 est annulée. Il est ordonné la reprise de la procédure initiale de marché public publiée le 8 avril 2016. II. Il n'est pas perçu de frais de procédure. III. Un montant de CHF 11'167.20 (y compris CHF 340.- de frais et CHF 827.20 de TVA), à verser à Me Mauron à titre d'indemnité de partie, est mis à la charge de l'intimée à raison de CHF 8'375.40 et à la charge de l'Etat de Fribourg à raison de CHF 2'791.80. IV. Notification. 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. La fixation du montant de l'indemnité de partie 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 27 décembre 2017/cpf/cje Président Greffière

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