

FR_GERICHTE 602 2019 8 vom 17. Juli 2019

FR Kantonsgericht, 2019-07-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2019_8

FR: FR_GERICHTE 602 2019 8 du 17 juillet 2019

IT: FR_GERICHTE 602 2019 8 del 17 luglio 2019

Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 21

septembre 2018 mentionnant le montant des offres des différents soumissionnaires. C. Le 15 octobre 2018, en établissant un comparatif des offres, l'adjudicateur a constaté deux erreurs de multiplication dans l'offre de la société D._____ SA. Il a de plus remarqué que dite société avait inscrit un montant de CHF 59'212.- sous le poste 2201.3.1 "fenêtre ouvrant imposte motorisé – façade Nord", tandis qu'un montant de CHF 5'720.- était attribué au poste 2202.3.1 "fenêtre ouvrant imposte motorisé – façade Est". Au vu de la différence de prix entre les deux positions pourtant identiques, une remarque a été apposée sur le comparatif des offres sous le poste 2201.3.1 : "prix unitaire irréaliste, problème de décimale??? Position comparable 2202.3.1 = 5720.-". Le 18 octobre 2018, l'adjudicateur a contacté l'entreprise concernée, relevant que "dans l'analyse de votre offre, nous avons constaté un problème avec le prix unitaire de la position 2201.3.1 (page 8/56 de votre offre selon annexe)". Le 22 octobre 2018, la société a répondu qu'une erreur s'était glissée dans l'écriture de la soumission. "Le prix unitaire de la position 2201.3.1 (page 8/56) est erroné: nous avons écrit 59'212.- dans la case prix unitaire, en lieu et place de 5'921. Le prix réel total de cette position est donc de 53'289.-". Le 8 novembre 2018, l'adjudicateur a repris contact avec la société, la priant d'expliquer pourquoi les prix unitaires des positions 2201.3.1 (CHF 5'921.-) et 2202.3.1 (CHF 5'720.-) n'étaient pas les mêmes. L'intéressée a déclaré le 9 novembre 2018 que les positions étaient identiques et qu'elles devraient comporter le même prix, demandant la modification du prix de la position 2202.3.1 de CHF 5'720.- à CHF 5'921.-. Le 12 novembre 2018, elle est cependant revenue spontanément sur ses déclarations, relevant qu'elles avaient été faites dans la précipitation. Ainsi, elle a confirmé que la position 2201.3.1 s'élevait à CHF 5'921.- et la position 2202.3.1 à CHF 5'720.-. Elle a justifié la différence de prix: "S'agissant de nouveaux profilés, une part du prix comporte des créations d'outillage. Cette part n'a pas été ventilée sur le poste à 5'720.- d'où la différence de prix". D. Le 19 novembre 2018, le pouvoir adjudicateur a procédé à une analyse multicritères des offres. Les soumissionnaires se sont tous vus attribuer le même nombre de points sur la qualité (175 points). Sur la question des coûts, l'offre de la société D._____ SA, d'un montant net TTC de CHF 8'641'663.-, a obtenu 325 points. Celle de la société A._____ SA, d'un montant net TTC de CHF 8'837'458.-, a obtenu 303.87 points.

Tribunal cantonal TC Page 3 de 7 Par décision du 8 janvier 2019, le Conseil d'Etat a adjugé les travaux d'assainissement et d'agrandissement de B._____ (lot n°5) à la société D._____ SA. E. Constatant que l'offre de l'adjudicataire présentait une différence de

CHF 504'027.- entre le tableau d'ouverture des offres et le tableau d'analyse multicritère, la société A._____ SA a demandé des explications auprès du Service des bâtiments. Lors d'une séance du 21 janvier 2019, celui-ci a expliqué qu'il avait constaté que l'adjudicataire s'était trompée d'une décimale dans le prix unitaire d'une position, ce qui a entraîné une différence conséquente dans le prix final. F. Le 25 janvier 2019, la société A._____ SA a interjeté auprès du Tribunal cantonal un recours contre la décision d'adjudication du 8 janvier 2019 (procédure 602 2019 8). Sous suite de frais et dépens, elle conclut principalement à ce que la décision soit réformée et à ce que les travaux lui soient adjugés, subsidiairement à ce que la décision soit annulée et que la cause soit renvoyée à l'autorité intimée pour nouvelle décision, plus subsidiairement à ce que la procédure d'adjudication pour les travaux de façades (CFC 215.2) soit annulée et à ce que la cause soit renvoyé à l'autorité intimée pour nouvelle décision, encore plus subsidiairement, en cas de conclusion du contrat, à ce qu'il soit constaté que la décision est illégale et que le droit d'agir en responsabilité soit réservé. En substance, la recourante estime que l'offre de l'adjudicataire a été illicitement modifiée. Il ne s'agit pas d'une erreur de calcul ou d'une erreur de plume, de sorte que le pouvoir adjudicateur n'avait pas à aborder le soumissionnaire concerné et à accepter de modifier l'offre. Elle estime ensuite que la correction est dans tous les cas intervenue tardivement car elle aurait dû être effectuée avant l'établissement du tableau comparatif des offres. De plus, le tableau d'ouverture ayant été communiqué, la société concurrente connaissait les prix des autres soumissionnaires et n'ignorait pas que la correction la ferait passer devant la recourante. Celle-ci relève également le fait que tous les soumissionnaires avaient obtenu une note maximale pour chacun des critères d'adjudication autres que le prix, ce qui est douteux et qui semble indiquer que le pouvoir adjudicateur n'a pas exercé son pouvoir d'appréciation. Finalement, elle requiert l'octroi de l'effet suspensif à titre superprovisionnel (procédure 602 2019 9) et provisionnel (procédure 602 2019 10). Le 25 janvier 2019, le Juge délégué a admis la requête de mesure superprovisionnelle, interdisant à l'Etat de Fribourg d'exécuter la décision d'adjudication, notamment de conclure le contrat avec l'adjudicataire, jusqu'à droit connu sur la demande de restitution de l'effet suspensif (procédure 602 2019 9). Le 31 janvier 2019, l'adjudicataire a informé le Tribunal cantonal du fait qu'elle n'avait pas d'observation à formuler, qu'elle renonçait à participer à la procédure et qu'elle s'engageait à ne pas recourir contre une éventuelle adjudication des travaux à la recourante. Le 22 mars 2019, la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (DAEC), agissant au nom du Conseil d'Etat, a déposé ses observations. En substance, elle relève que le prix unitaire inscrit à la position 2201.3.1 présentait un chiffre de trop par rapport à celui inscrit à la position 2202.3.1, ce qui l'a amenée à suspecter une erreur. Celle-ci doit être qualifiée d'erreur de plume, puisque la suppression du dernier chiffre permet d'aboutir à un montant correct. L'adjudicataire a confirmé les montants corrigés et expliqué la différence entre les prix unitaires. De plus, deux erreurs de multiplication ont été corrigées. Ainsi, la DAEC conclut au rejet du recours, les frais de justice devant être mis à la charge de la recourante à laquelle il n'est pas alloué d'indemnité de partie. Elle renonce à se déterminer sur la requête d'effet suspensif, à condition qu'une décision soit rapidement prise sur le fond.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 7 en droit 1. Déposé dans le délai et les formes prescrits, le présent recours est en principe recevable (art. 2 al. 1 de la loi fribourgeoise du 11 février 1998 sur les marchés publics LMP, RSF 122.91.1; art. 15 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics AIMP, RSF 122.91.2). En qualité de soumissionnaire venant en seconde position, la recourante a manifestement qualité pour

contester l'adjudication du marché. Le Tribunal cantonal peut donc entrer en matière sur les mérites du recours. Le recours devant le Tribunal cantonal peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation et pour constatation inexacte ou incomplète des faits. En revanche, faute d'habilitation légale expresse, le Tribunal cantonal ne revoit pas en l'espèce le grief d'inopportunité (art. 16 AIMP; art. 78 al. 2 du code cantonal du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative CPJA, RSF 150.1).

2. 2.1. En matière de marché public prévaut le principe de l'intangibilité de l'offre à l'échéance du délai. Cela signifie qu'une offre ne doit en principe s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2). En revanche, les erreurs évidentes de calcul et d'écritures peuvent être corrigées (art. 26 al. 2 RMP) avant qu'un tableau comparatif objectif des offres ne soit établi (art. 26 al. 3 RMP). L'adjudicateur peut par ailleurs demander aux soumissionnaires des explications écrites relatives à leur aptitude et à leur offre (art. 27 RMP), étant précisé que les négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires sur les prix, les remises de prix et les modifications de prestations sont interdites (art. 28 al. 1 RMP). Cette possibilité exprime la tendance actuelle dans la plupart des cantons qui permet de tempérer une application trop formaliste du principe de l'intangibilité des offres selon laquelle il y aurait lieu d'exclure un soumissionnaire dès qu'une offre est incomplète, quelle que soit l'importance du manquement (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2). La distinction entre ce qui relève de la correction des erreurs et de la clarification des offres (admissible) et ce qui s'assimile à une modification des offres contraire au principe de l'intangibilité peut se révéler délicate (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2; POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 222). Une correction est admissible lorsqu'en dépit du contenu de l'offre, il est évident que celui-ci ne peut pas correspondre à la réelle volonté du soumissionnaire, laquelle peut être clairement déterminée (cf. Revue valaisanne de jurisprudence RVJ 2019 p. 52; arrêt TF 2P.151/1999 du 30 mai 2000 consid. 3b in fine). Il convient de se montrer très prudent dans l'admissibilité d'une correction. En effet, il incombe en priorité au soumissionnaire de présenter une offre exempte d'erreur. Dans la mesure où une modification a posteriori d'une offre implique souvent un risque de manipulation susceptible de porter atteinte aux autres concurrents, la correction d'une faute de calcul ne peut être admise qu'exceptionnellement, lorsque tout risque d'abus est écarté. Le risque d'abus est spécialement grand et justifie une prudence particulière lorsque le soumissionnaire fait valoir une erreur après avoir eu connaissance du montant des offres de ses concurrents. L'erreur de calcul qui peut être corrigée après le dépôt des offres correspond à la simple "erreur de calcul" de l'art. 24 al. 3 CO. Il s'agit d'erreur dans l'opération arithmétique fondée sur les unités correctes et non d'erreurs de calcul ou dans l'élaboration de l'offre, dont la correction est interdite. Selon Tribunal cantonal TC Page 5 de 7 la jurisprudence, la notion d'erreur de calcul est applicable aux inadvertances que les parties commettent lors d'opérations arithmétiques. Il convient donc de distinguer deux notions différentes: l'erreur de calcul et l'erreur de transcription. La première ne comprend que les erreurs qui se sont produites lors d'une opération mathématique. La seconde se rencontre lorsqu'une personne voulait écrire autre chose que ce qu'elle a écrit, commettant alors une erreur d'expression ou erreur dans l'élaboration de l'offre, laquelle n'est pas susceptible de correction (arrêt du TC FR 602 2008 21 du 5 juin 2008 et les références citées). Dans un arrêt 2P.151/1999, le Tribunal fédéral avait admis une correction d'une erreur de décimale en faveur d'une entreprise qui, en remplissant une position d'un devis, avait mentionné par erreur un prix unitaire de CHF 6'030.- au lieu de CHF 603.-. La modification a entraîné une réduction de prix de l'ordre de 4 millions. Il convient de relever que cette solution a été critiquée par une partie de la

doctrine, qui rappelle que le soumissionnaire peut tenter, par ce biais, de modifier son offre afin de l'emporter sur ses concurrents (cf. notamment POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 196). 2.2. Dans la présente occurrence, le pouvoir adjudicateur a constaté que les postes 2201.3.1 et 2202.3.1, qui portent pourtant sur des objets identiques, indiquent des montants très différents. Il a estimé que le poste 2201.3.1 était irréaliste (CHF 59'212.-) et, au vu du fait qu'il contenait un chiffre de plus que le poste 2202.3.1 (CHF 5'720.-), a pensé qu'il pouvait "potentiellement" contenir une erreur de plume (observations du 22 mars 2019, Ad 18 et 19). A titre préliminaire, il est constaté que les corrections apportées par l'adjudicateur ne sont pas tardives, puisqu'elles ont été faites avant l'établissement du tableau comparatif des offres. Toutefois, pour que de telles corrections soient admissibles, la réelle volonté du soumissionnaire doit pouvoir être clairement déterminée. En l'espèce, aucun élément ne permettait à l'adjudicateur de savoir quel montant avait voulu inscrire l'adjudicataire au poste 2201.3.1. Il ne s'agit de toute évidence pas d'une erreur de calcul dont les montants corrects auraient pu être retrouvés sans autres formalités et corrigés. Rien n'indique non plus qu'il s'agisse d'une erreur de décimale. Si cela avait été le cas, le montant inscrit se serait plutôt élevé à CHF 59'210.- en lieu et place de CHF 59'212.-. Une telle erreur aurait éventuellement pu être admise si, après correction de la décimale, le montant indiqué au poste 2201.3.1 avait été le même que celui du poste 2202.3.1. Ce n'est toutefois pas le cas puisque le poste corrigé 2201.3.1 (CHF 5'921.-) et le poste 2202.3.1 (CHF 5'720.-) présentent une différence de CHF 201.-. Plusieurs explications objectives peuvent certes justifier une telle différence de prix et l'adjudicataire a en effet fourni des renseignements plausibles à ce sujet. Toutefois, cette différence a aussi pour conséquence que l'adjudicateur n'était pas en mesure de reconnaître clairement quel montant aurait dû figurer au poste 2201.3.1. Preuve en est qu'il a dû contacter la soumissionnaire à deux reprises pour obtenir des explications, lesquelles ont par ailleurs été quelque peu confuses. En effet, la société a d'abord confirmé avoir fait une erreur en inscrivant les chiffres du poste 2201.3.1, qui aurait dû s'élever à CHF 5'921.-. Ensuite, elle a déclaré que les postes 2201.3.1 et 2202.3.1 concernaient des objets identiques de sorte qu'ils devraient tous deux comporter le même prix, et a demandé la modification de la position 2202.3.1. Elle est finalement revenue sur ses déclarations, confirmant la différence de prix entre les deux postes concernés et fournissant une justification. Au vu de ces éléments, la Cour ne peut pas exclure un risque d'abus de la part de l'adjudicataire. Il convient de se montrer d'autant plus strict que la société, connaissant le montant de l'offre de ses concurrentes, n'ignorait pas que seule la recourante présentait un prix plus avantageux qu'elle. Il est vrai qu'elle ne pouvait pas prévoir le nombre de points attribués en fonction des autres critères d'adjudication. Toutefois, elle avait un intérêt à diminuer le prix de son offre pour augmenter ses chances de se voir adjuger le marché.

Tribunal cantonal TC Page 6 de 7 Au vu de ce qui précède, l'erreur commise par l'adjudicataire, si tant est qu'il en s'agisse d'une, doit être qualifiée d'erreur de transcription. Or, celle-ci ne peut être corrigée. Ainsi, l'adjudicateur a violé le principe de l'intangibilité en modifiant l'offre. 2.3. L'adjudicateur a apporté d'autres modifications à l'offre initiale de l'adjudicataire. Ainsi, il a corrigé deux erreurs de multiplication aux postes 2301.3 et 2401.1 pour un montant total de CHF 408.- et a ensuite adapté le poste 5104 relatif aux travaux imprévus correspondant à 5% du montant des postes 1000-4000 (cf. explications corrections offre D. _____ SA, document non caviardé à l'usage exclusif du Tribunal, pièce 11 des observations du 22 mars 2019). Ces corrections sont cependant minimes. Elles ne modifient que légèrement l'offre initiale de l'adjudicataire et sont sans pertinence dans la

présente affaire. 2.4. En outre, du moment que le recours doit être admis en raison de la correction induite de l'offre de l'adjudicataire, il est inutile d'examiner le grief de la recourante concernant la mise en œuvre des critères liés à la qualité. 3. 3.1. Selon l'art. 18 al. 1 AIMP, si le contrat n'est pas encore conclu, l'autorité de recours peut soit statuer au fond, soit renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur dont elle annule la décision, au besoin avec des instructions impératives. 3.2. Il ressort du tableau d'analyse multicritères que tous les soumissionnaires se sont vus attribuer le même nombre de points pour la qualité de l'offre, de sorte qu'ils ne se sont départagés que sur la question du coût. Or, au vu de ce qui précède, l'offre de la recourante est plus avantageuse que celle de l'adjudicataire. Ainsi, la Cour est en mesure de statuer directement sur le fond et d'attribuer le marché à la recourante. Au montant net TTC de CHF 8'837'458.- ressortant du tableau comparatif des offres, il convient de soustraire encore la participation au compte prorata de 1% (montant forfaitaire destiné à couvrir divers frais qu'il est difficile, voire impossible, d'attribuer au maître ou à un corps de métier en particulier et qui sont répartis de manière forfaitaire sur l'ensemble des entreprises concernées, au prorata des travaux qui leur sont adjudiqués) pour une adjudication à un montant de CHF 8'749'083.15, montant qui correspond précisément à l'offre déposée par la recourante. 4. Compte tenu de l'issue du recours, la requête de restitution de l'effet suspensif est devenue sans objet, de sorte qu'elle doit être rayée du rôle (procédure 602 2019 10). 5. 5.1. Reste à fixer l'attribution des frais et dépens. Dans ce cadre, il convient de prendre acte de la déclaration de l'adjudicataire de ne pas vouloir être partie à la procédure. Même si la portée d'une telle déclaration peut être problématique, tout au moins lorsque les défauts conduisant à l'admission du recours sont imputables à l'adjudicataire, il ne se justifie pas d'en faire abstraction lorsque, comme en l'espèce, l'intéressée n'a pas été avertie et s'est abstenue volontairement d'intervenir dans le procès en se fondant sur sa déclaration initiale. 5.2. En conséquence, il n'y a pas lieu de percevoir des frais de procédure dès l'instant où l'Etat de Fribourg, seule partie qui succombe, en est exonérée (art. 133 CPJA). L'avance de frais versée par la recourante par CHF 5'000.- lui est donc restituée.

Tribunal cantonal TC Page 7 de 7 5.3. Cette dernière a droit à une indemnité de partie pour les frais qu'elle a consentis dans la défense de ses intérêts (art. 137 CPJA). Cette indemnité sera mise à la charge de l'Etat de Fribourg (art. 137, 140 et 141 CPJA). A cet égard, il ressort de la liste de frais produite le 10 juillet 2019 par Me Magnin que celui-ci requiert un montant de CHF 6'996.75 pour ses honoraires et ses frais, ainsi qu'un forfait à hauteur de 5% pour les débours. Il est rappelé qu'en procédure administrative, les débours nécessaires à la conduite de l'affaire sont remboursés au prix coûtant (art. 9 al. 1 du Tarif des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative du 17 décembre 1991, RSF 150.12). Toutefois, au vu des photocopies figurant au dossier, un montant de CHF 150.- sera pris en compte à ce titre. Partant, un montant de CHF 7'146.75 est octroyé à Me Magnin à titre d'indemnité de partie, auquel s'ajoute la TVA par CHF 550.30 (7.7%), soit un total de CHF 7'697.05. la Cour arrête : I. Le recours (602 2019 8) est admis. Partant, l'article 1 de la décision du 8 janvier 2019 du Conseil d'Etat est modifié comme suit: "Dans le cadre des travaux d'assainissement et d'agrandissement de B. _____, les travaux de façades (CFC 215.2) sont adjudiqués à l'entreprise A. _____ SA pour un montant de CHF 8'749'083.15, prorata déduit". II. La requête de restitution de l'effet suspensif (602 2019 10), devenue sans objet, est rayée du rôle. III. L'avance de frais de CHF 5'000.- versée par la recourante lui est restituée. IV. Un montant de CHF 7'697.05 (TVA par CHF 550.30 comprise) à verser à Me Magnin à titre d'indemnité de partie est mis à la charge de l'Etat de

Fribourg. V. 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 et 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 17 juillet 2019/cpf/dhe Le Président : La Greffière :

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