

Ile Cour administrative. **Séance du 6 septembre 2000.** Statuant sur le recours interjeté le 8 juin 2000 (**2A 00 59**) par la **Commune de X**, contre la décision rendue le 25 mai 2000 par le **Préfet du district de la Sarine** admettant le recours interjeté par la société **Y**; (**Marchés publics; choix du type de procédure; interruption de la procédure**)

**En fait:**

- A. Depuis plusieurs années, la Commune de X a entrepris des démarches en vue de construire un bâtiment de service (service du feu et édilité) et d'aménager, avec la Commune de M, une déchetterie intercommunale avec route d'accès.

Le 23 septembre 1999, l'assemblée communale de X a approuvé un crédit de 220'000 fr. pour la construction de la déchetterie et de la route d'accès et, le 15 décembre 1999, elle a approuvé la construction du bâtiment édilitaire et du service du feu ainsi que le financement y relatif d'un montant de 700'000 fr. (ce montant comprenait également d'autres objets non concernés par la présente procédure).

Le bureau technique mandaté par la commune avait établi le 1<sup>er</sup> décembre 1999 une estimation des coûts et avait retenu que les travaux de construction et de l'aménagement extérieur du bâtiment édilitaire et du service du feu, de la déchetterie, de la route d'accès et des aménagements extérieurs reviendraient à environ 788'100 fr.

- B. Le 19 février 2000, le bureau technique a ouvert une procédure d'invitation à soumissionner en établissant des documents d'appel d'offres pour la réalisation des travaux de génie civil, de maçonnerie, de charpente et d'installation du système de chauffage.

L'entreprise Y a reçu les documents de soumission concernant le génie civil, la maçonnerie et la charpente. Elle a déposé ses offres les 1<sup>er</sup> et 13 mars 2000.

Les prix unitaires proposés par la société étaient les suivants:

- |                |                |
|----------------|----------------|
| - génie civil: | Fr. 204'344.15 |
| - maçonnerie:  | Fr. 155'709.20 |

- charpente: Fr. 183'635.90

A la demande de la Commune de X, la société Y, qui avait présenté les offres les moins chères, a encore produit, le 3 avril 2000, des offres calculées à des prix forfaitaires, soit génie civil: 197'000 fr., maçonnerie: 154'500 fr. et charpente: 179'000 fr.

- C. Le 12 avril 2000, la commune a informé Y que le montant des offres dépassait largement l'estimation du coût faite en décembre 1999 et que, par conséquent, la procédure d'adjudication sur invitation était interrompue, une nouvelle adjudication par procédure ouverte étant prévue en remplacement.
- D. Statuant sur recours de la société Y, le Préfet du district de la Sarine a considéré, le 25 mai 2000, que le motif avancé par la commune dans sa décision du 12 avril 2000, soit le fait que les offres dépassaient largement le coût estimatif, n'était pas un motif d'interruption de la procédure selon l'art. 34 du règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11). Le préfet a dès lors invité la commune à rendre une décision d'adjudication selon la procédure d'invitation à soumissionner.
- E. Agissant le 8 juin 2000, la Commune de X a contesté devant le Tribunal administratif la décision préfectorale du 25 mai 2000 dont elle demande l'annulation sous suite de frais et dépens. Elle conclut à la confirmation de sa décision du 12 avril 2000 d'interruption de la procédure d'invitation à soumissionner et d'ouverture d'une procédure ouverte d'adjudication.

A l'appui de ses conclusions, la recourante invoque, pour la première fois, qu'elle s'est trompée de type de procédure dès lors qu'il y aurait lieu de se fonder sur la valeur totale de l'ouvrage à construire, soit 788'100 fr. et non pas sur la valeur estimée du marché mis en soumission, soit 457'200 fr. Or, pour une telle valeur, l'art. 41 al. 3 RMP impose la procédure ouverte d'adjudication.

Face à cette erreur de la commune, la société Y ne peut pas, de l'avis de la recourante, se prévaloir de la protection de sa bonne foi dès lors qu'elle aurait dû se rendre compte que le marché en cause dépassait les valeurs-seuils autorisant le recours à une procédure d'invitation à soumissionner.

Pour le surplus, la recourante affirme qu'elle était de toute manière en droit d'interrompre la procédure en raison de l'important dépassement des coûts estimatifs. En contraignant la commune à poursuivre la procédure, le préfet aurait pris le risque de paralyser la suite du déroulement du chantier, le financement n'étant plus assuré. Elle conteste qu'une nouvelle procédure

puisse porter atteinte aux intérêts de l'intimée dès lors que les éventuels nouveaux soumissionnaires n'auront pas accès aux offres parvenues à la suite de la première procédure interrompue.

- F. Le Préfet du district de la Sarine n'a pas déposé d'observations et se réfère à sa décision pour conclure au rejet du recours.
  
- G. La société Y a répondu par mémoire du 6 juillet 2000. Elle estime que la recourante ne pouvait pas invoquer des faits et des moyens nouveaux (mauvais choix de la procédure et détail du dépassement de devis) devant la 2<sup>ème</sup> instance de recours dès lors qu'elle aurait pu le faire dans le cadre du procès ouvert devant le préfet. L'intimée conclut dès lors, dans cette mesure, à l'irrecevabilité du recours.

Au surplus, Y considère que les seuils imposant une procédure ouverte ne sont pas atteints en l'espèce parce qu'il fallait, de toute manière, procéder à une estimation séparée des deux ouvrages à construire (la déchetterie et le bâtiment édilitaire). La déchetterie porte sur une somme de 120'300 fr., soit nettement en dessous des seuils; pour le bâtiment d'édilité, il convient, selon l'intimée, de distinguer entre le gros oeuvre (dont le seuil est à 500'000 fr.) et le second oeuvre (dont le seuil est à 263'000 fr.). En l'espèce, les trois soumissions portent sur un montant de gros oeuvre de 320'400 fr. et de 35'500 pour le second oeuvre. Cela signifie que la réalisation des différents lots concernant le bâtiment de service pouvait se faire en procédure d'invitation à soumissionner.

Enfin, l'intimée prétend que même si la commune s'est trompée dans le choix de la procédure, elle reste tenue par le principe de la bonne foi.

Sur la question de l'illicéité de l'interruption de la procédure, la société intimée reprend en les développant les motifs de la décision préfectorale.

- H. Le 31 juillet 2000, la Commune de X a déposé des contre-observations. Pour l'essentiel, elle estime que, lorsqu'un marché comporte des éléments de gros oeuvre et d'autres relevant du second oeuvre, il n'est pas possible de scinder les deux aspects sous peine d'éluder les buts de la législation fédérale et intercantonale en matière de marchés publics.
  
- I. Le 18 août 2000, Y a produit une duplique. Précisant les arguments invoqués précédemment, elle affirme que, par la modification de l'art. 41 al. 2 RMP, le 10 mai 1999, la notion de marché de construction non soumis à l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2) recouvre non

pas la notion d'ouvrage - comme le prétend la recourante - mais la notion de CFC (code de frais de construction). Ainsi, un CFC de gros oeuvre constitue un marché, de même qu'un CFC de second oeuvre constitue un marché de second oeuvre. En l'espèce, la procédure de soumission portait sur trois CFC; un CFC maçonnerie, un CFC génie civil et un CFC charpente. La valeur estimée de chacun de ces marchés n'atteignant pas les valeurs de déclenchement de l'appel d'offres prévues à l'art. 41 al. 2 RMP, la procédure choisie par la recourante était correcte.

- J. Le 23 août 2000, le Juge délégué à l'instruction du recours a requis la Direction des travaux publics de l'informer sur la portée que le Conseil d'Etat a voulu donner à la nouvelle teneur de l'art. 41 RMP.

Par lettre du 30 août 2000, la Direction des travaux publics a répondu que l'art. 41 RMP a été modifié en ce sens que les marchés de construction inférieurs aux valeurs-seuils OMC peuvent être traités par CFC sans tenir compte de la valeur globale d'ouvrage. L'autorité a souligné que cette interprétation était aussi celle de la Conférence suisse des directeurs de travaux publics.

- K. Le 5 septembre 2000, la commune de X s'est déterminée sur la réponse de la Direction des travaux publics en considérant qu'elle ne représente que le reflet de la pratique de l'autorité cantonale qui intervient comme pouvoir adjudicateur, et non pas comme avis de droit, même succinct.

#### **En droit:**

1. a) Déposé dans le délai et les formes prescrits, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 2 de la loi sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1)
- b) Selon l'art. 16 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2), 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, le Tribunal administratif ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité.
2. a) Pour justifier l'interruption de la procédure d'adjudication, la commune recourante invoque tout d'abord s'être trompée dans le choix de la

procédure. Elle aurait, par erreur, appliqué une procédure d'invitation à soumissionner alors que la valeur du marché imposait une procédure ouverte.

L'intimée conteste ce point de vue en alléguant que la déchetterie et le bâtiment édilitaire constituent deux ouvrages distincts à apprécier de manière séparée pour déterminer la valeur du marché. Elle prétend surtout que la procédure de soumission portait sur trois CFC, un CFC maçonnerie, un CFC génie civil et un CFC charpente et que la valeur estimée de chacun de ces marchés n'atteignait pas les valeurs de déclenchement de l'appel d'offres par procédure ouverte.

- b) Les arguments de la commune quant à une prétendue erreur de choix de procédure sont de pure circonstance et tendent simplement à justifier après coup une interruption de la procédure décidée pour des questions exclusivement économiques. Selon les propres explications de la recourante, son unique motivation pour lancer un nouvel appel d'offres est l'espoir d'obtenir des offres à des prix inférieurs.

Cette situation est toutefois sans influence sur la recevabilité des moyens de droit soulevés dans son mémoire.

Il importe peu que la commune n'ait pas allégué sa prétendue erreur de procédure devant le préfet. En vertu de l'art. 81 CPJA, le recourant peut faire valoir devant le Tribunal administratif des faits et moyens de preuve qui n'ont pas été invoqués dans la procédure antérieure. Il peut a fortiori alléguer devant une autorité appliquant le droit d'office, des moyens de droit nouveaux. La négligence de la partie qui n'a pas fait valoir les faits ou moyens de preuve pertinents devant l'autorité inférieure n'est pas sanctionnée par une irrecevabilité, mais par la mise à sa charge des frais inutiles qu'elle a occasionnés (art. 131 al. 2 CPJA).

- c) Dans la mesure où le coût global de construction de la déchetterie et du bâtiment édilitaire est de l'ordre de 800'000 fr., on doit d'emblée constater que le marché n'atteint pas la valeur-seuil des ouvrages, soit 10'070'000 fr., prévue par l'art. 7 al. 1 let. a AIMP. Le présent marché n'est donc pas soumis directement aux règles de l'accord intercantonal, mais relève exclusivement des dispositions internes cantonales en matière de marchés publics. Or, si selon l'art. 38 du règlement cantonal sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11), les règles prévues au-dessus des seuils AIMP sont applicables par analogie aux marchés publics inférieurs à ces seuils, les art. 40 et ss RMP - qui y dérogent - montrent également que le renvoi aux principes de l'accord intercantonal n'a qu'un caractère subsidiaire. En d'autres termes, pour tous les marchés publics inférieurs aux seuils AIMP, le canton est libre

de prévoir d'autres règles qui obéissent à d'autres principes que ceux énoncés dans l'accord intercantonal.

- d) Selon l'art. 41 al. 2 RMP, tel que modifié par arrêté du Conseil d'Etat du 10 mai 1999, "le marché peut être adjugé selon la procédure invitant à soumissionner s'il est inférieur à:
- a) 500'000 francs pour les marchés de construction de gros oeuvre;
  - b) 263 000 francs pour les marchés de construction de second oeuvre, les marchés de fournitures et les marchés de services".

En modifiant cette disposition, le Conseil d'Etat a introduit une exception au principe de l'art. 7 al. 2 AIMP - qui prévoit que si un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction pour la réalisation d'un ouvrage, leur valeur totale est déterminante - afin d'alléger la procédure pour les marchés de petite taille. La nouvelle règle fixe, pour un même ouvrage, des seuils différents pour le gros oeuvre, d'une part, et pour le second oeuvre, les fournitures et les services d'autre part. De plus, selon l'interprétation authentique qu'en a donnée la Direction des travaux publics, auteur technique de la norme, dans sa lettre du 30 août 2000, à l'intérieur même des différentes catégories de travaux (gros oeuvre, second oeuvre, etc. ..) la notion de marché de construction recouvre en général celle d'un poste CFC (code des frais de construction). Contrairement à l'avis de la recourante, cette prise de position de la Direction ne reflète pas l'avis d'un simple organe adjudicateur, mais informe officiellement le pouvoir judiciaire qui l'interrogeait de la portée de la norme telle qu'elle a été voulue par le Conseil d'Etat.

Etabli par le Centre suisse d'études pour la rationalisation de la construction (CRB), le CFC est une classification des postes de dépenses occasionnées par une opération de construction: acquisition du terrain, coût de la construction proprement dite, équipements, honoraires, frais accessoires de toutes sortes. Il s'agit en fait d'un plan comptable des frais d'investissement orienté sur l'exécution du projet et subdivisé selon les catégories de travaux. A l'intérieur d'un groupe principal, le degré de subdivision le plus détaillé du CFC correspond, en règle générale, à un contrat d'entreprise ou à une commande.

Il est possible ainsi, pour un même ouvrage dont la valeur globale n'atteint pas le seuil de l'art. 7 AIMP, d'avoir plusieurs marchés de construction parallèles correspondant chaque fois à un CFC de gros oeuvre, de second oeuvre ou de services, chaque marché (CFC) étant soumis à ses propres seuils pour ce qui concerne le choix de la procédure d'adjudication. On peut donc imaginer que, pour un même ouvrage d'un coût global inférieur à 10'070'000 fr., l'adjudicateur utilise parallèlement une procédure ouverte pour

certaines CFC, une procédure d'invitation à soumissionner pour d'autres et attribue certains travaux de gré à gré.

- e) Comme il a déjà été dit, en dessous des seuils AIMP, le canton est en principe libre de fixer comme il l'entend la manière de choisir le type de procédure d'adjudication. Il n'est lié, sous cet angle, que par les règles de non-discrimination prévues par loi fédérale sur le marché intérieur. Dans la mesure où, la plupart des cantons ont des règles et des interprétations légales analogues à ce qui a été indiqué ci-dessus, on ne peut pas considérer qu'au niveau de la législation, l'assimilation des marchés de construction aux CFC pour les ouvrages inférieurs aux seuils AIMP soit discriminatoire.

La nouvelle définition du marché de construction au-dessous des seuils AIMP en fonction des CFC est justifiée dès lors qu'il n'y a pas, au-dessous de ces seuils, l'application d'une clause de minimis telle que la connaît l'art. 7 al. 2 AIMP. Une division de l'ouvrage selon les CFC donne ainsi la flexibilité nécessaire à la procédure d'adjudication.

Le risque existe cependant que l'adjudicateur atomise les marchés de construction en appliquant systématiquement le degré de subdivision le plus détaillé du CFC; cela lui permettrait d'éluder ainsi les règles cantonales sur les seuils en multipliant les petits marchés au détriment des règles de concurrence. Un tel comportement n'est pas admissible car il viole le principe de non-discrimination en réservant les marchés à quelques soumissionnaires choisis et constitue en même temps un abus de l'art. 41 RMP. La division d'un ouvrage en plusieurs marchés de construction correspondant aux CFC suppose que les catégories de travaux de même nature soient regroupés pour former des lots cohérents. Si, à première vue, il n'est pas exclu que certaines prestations très particulières relevant de la subdivision la plus détaillée du CFC puissent exceptionnellement faire l'objet d'un marché de construction, il ne fait pas de doute que, la plupart du temps, les marchés de construction affectant un même ouvrage seront constitués à chaque fois par une subdivision plus générale du CFC (par exemple, génie civil, charpente, etc. ..). Le critère de la cohérence du marché à adjuger sera décisif pour déterminer si l'adjudicateur pouvait ou ne pouvait pas répartir comme il l'a fait les différents lots à adjuger pour réaliser l'ouvrage ou, à tout le moins, pour déterminer la valeur des seuils applicables au marché (cf. dans ce sens, pour Zurich, RB 1999 n° 60).

- f) En l'espèce, on doit constater que l'intimée était concernée par 3 CFC sur 4, soit les CFC de maçonnerie, de génie civil et de charpente. Selon ses propres indications, elle n'a pas été invitée à présenter une offre quant au

CFC de chauffage. Or, la valeur estimée par la commune pour chaque CFC était de 147'200 fr. pour le CFC génie civil, 133'000 fr. pour le CFC maçonnerie, 147'000 fr. pour le CFC charpente et 30'000 fr. pour le CFC de chauffage. On est donc bien en dessous des seuils fixés par l'art. 41 RMP pour une procédure ouverte (que ce soit en matière de gros oeuvre ou de second oeuvre), de sorte que l'adjudicateur pouvait valablement utiliser la procédure d'invitation à soumissionner. Cette constatation est d'autant plus avérée que la situation ne change pas si, au lieu de se fonder sur l'estimation de la recourante, on prend en considération les prix effectifs offerts par l'intimée, soit 204'344 fr. pour le CFC de génie civil, 155'709 fr. pour celui de maçonnerie et 183'625 pour celui de charpente.

Le choix des CFC (génie civil, maçonnerie, charpente et chauffage) est cohérent au sens indiqué précédemment et n'éluide pas les règles de l'art. 41 RMP.

Il apparaît ainsi que la commune n'a pas violé la loi en choisissant la procédure d'invitation à soumissionner pour réaliser la déchetterie et le bâtiment édilitaire. La question de savoir si elle aurait pu, en plus, répartir le coût des travaux en fonction des deux ouvrages à réaliser, plutôt que d'établir des CFC globaux peut demeurer indécise.

3. a) Dès l'instant où le choix de la procédure d'adjudication n'était pas entaché d'irrégularité, l'interruption et la répétition de la procédure litigieuse ne peut intervenir qu'en vertu de l'art. 34 RMP (applicable en vertu de l'art. 38 al. 1 let. b RMP), dont la teneur est la suivante:

<sup>1</sup>*L'adjudicateur peut interrompre la procédure pour de justes motifs.*

<sup>2</sup>*La procédure peut être répétée ou renouvelée lorsque:*

- 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) *en raison de modifications des conditions cadres ou marginales, des offres plus avantageuses sont attendues du fait de la disparition de distorsions de concurrences ou*
- c) *une modification importante du marché a été nécessaire.*

<sup>3</sup>*L'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure font l'objet d'une communication immédiate, écrite et motivée aux soumissionnaires.*

Selon la jurisprudence, il n'existe en principe de justes motifs d'interruption de la procédure qu'en présence de circonstances non prévisibles et objectivement importantes, cela au point que la poursuite de la procédure de passation du marché apparaît comme ne pouvant pas être imposée à l'adjudicateur. En particulier, il y aurait violation des obligations

précontractuelles lorsque le pouvoir adjudicateur lance un appel d'offres public sans avoir l'intention actuelle et sérieuse d'adjuger le contrat ou sans s'être assuré au préalable du financement du projet. Pour qu'une modification des conditions économiques justifie une interruption de la procédure, il est nécessaire que l'évolution des prix soit massive et change de manière essentielle les données du marché (DC 2/2000 p. 60).

- b) En l'espèce, la commune justifie l'interruption de la procédure par l'important dépassement du devis estimatif sur lequel elle s'était fondée. Elle ne prétend donc pas que le prix du marché aurait fluctué de manière inattendue. Elle invoque en réalité une erreur commise par son propre bureau technique qui aurait sous-estimé le coût des travaux en oubliant de tenir compte de certaines prestations nécessaires. Une tel argument, qui se réfère au comportement de son auxiliaire, n'est bien évidemment pas acceptable. De plus, comme l'a indiqué à juste titre le préfet dans la décision attaquée, il tombe sous le sens qu'un devis estimatif - surtout lorsqu'il était aussi sommaire que celui présenté par le bureau technique en cause - contient une marge d'erreur qui peut être conséquente. La commune ne pouvait l'ignorer lorsqu'elle a décidé d'ouvrir la procédure d'adjudication. Les entreprises invitées, de bonne foi, à soumissionner n'ont pas à subir les conséquences d'une mauvaise appréciation des coûts par l'adjudicateur, ce dernier ayant lancé l'appel d'offres sans formuler aucune réserve sur sa capacité à traiter. Au demeurant, la seule variation de 25 % entre le coût estimé et l'offre la moins chère ne constitue pas un juste motif au sens de l'art. 34 RMP lorsque le marché public en cause présente une valeur globale aussi limitée qu'en l'espèce.

Le comportement de la commune est d'autant moins admissible que cette dernière ne prétend pas que les prix offerts la dissuaderaient de réaliser les ouvrages en cause. En réalité, elle a l'intention de relancer sans tarder une nouvelle procédure d'adjudication - cette fois, une procédure ouverte - sur les mêmes marchés de construction. Or, elle ne fait valoir aucun indice objectif sérieux qui tendrait à démontrer que les prix pratiqués par l'intimée - la moins chère des entreprises invitées à soumissionner - seraient surfaits et que des perspectives raisonnables existent d'obtenir des offres nettement plus basses en procédure ouverte. L'évolution des coûts de la construction rapportée par l'intimée ont plutôt tendance à démontrer le contraire.

Dans ces conditions, ne pouvant pas faire valoir un juste motif, la commune a violé l'art. 34 RMP en décidant d'interrompre la procédure d'adjudication litigieuse.

- c) Il reste à déterminer les conséquences qu'il convient de tirer de cette constatation. La loi fribourgeoise n'imposant - à la différence d'autres cantons (par exemple Argovie; AGVE 1999 p. 311) - aucune règle particulière qui permettrait de dire d'emblée si une interruption illégale de la procédure doit être sanctionnée par de simples dommages-intérêts ou par une reprise de la procédure interrompue, il y a lieu, à l'instar de ce qu'a décidé le Tribunal administratif vaudois (arrêt du 2.7.99 publié sur le site internet: [www.marches-publics.vd.ch](http://www.marches-publics.vd.ch)), d'appliquer par analogie l'art. 18 AIMP. Cette disposition donne à l'autorité de recours le pouvoir d'annuler la décision au cas où le contrat n'est pas encore conclu (al. 1); dans l'hypothèse contraire, l'autorité de recours doit se borner à constater le caractère illicite de la décision (al. 2), ce qui peut ouvrir ultérieurement la voie à des dommages-intérêts.

Si l'on transpose cette règle au cas d'interruption de la procédure, on doit considérer que l'autorité de recours peut ordonner la reprise de la procédure illégalement interrompue lorsque l'adjudicateur n'a pas encore conclu le contrat, voire - la question peut demeurer ouverte en l'espèce - n'a pas engagé une nouvelle procédure d'adjudication. Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, l'autorité de recours ne peut que constater l'illégalité, tout en réservant une éventuelle demande de dommages-intérêts de la part du soumissionnaire lésé par l'interruption.

En l'espèce, la commune n'a pas conclu de contrat en dehors de la procédure interrompue et n'a pas encore engagé une nouvelle procédure d'adjudication. Il s'ensuit que le préfet pouvait, à bon droit, lui ordonner de poursuivre la procédure illégalement interrompue.

4. Mal fondé, le recours doit être rejeté.

Il a y lieu d'exempter la commune des frais de procédure en application de l'art. 133 CPJA.

Il lui incombe en revanche de verser une indemnité de partie à la société intimée qui a engagé des frais pour la défense de ses intérêts. Compte tenu de la difficulté de l'affaire, qui a justifié un double échange d'écritures, il convient, conformément à l'art. 8 al. 1, deuxième phrase, du Tarif des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (RSF 150.12) d'accorder à l'intimée une indemnité d'un montant supérieur à la limite maximale usuelle de 5'000 fr.