

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

II^e COUR ADMINISTRATIVE

Séance du 29 octobre 2002

Statuant sur le recours interjeté le 6 mars 2002
(2A 02 92)

par

la société **P. SA**, à Romont, représentée par Me Dominique Morard, avocat à Fribourg,

contre

la décision rendue le 18 février 2002 par le **Préfet du district de la Sarine** dans le litige qui l'oppose à la **Commune de MASSONNENS**;

(Marchés publics)

C o n s i d é r a n t :

En fait:

- A. Par publication dans la Feuille officielle du 15 juin 2001, la Commune de Massonnens a lancé une procédure ouverte d'appel d'offres pour la réalisation d'une conduite de transport d'eau potable et défense incendie ainsi que pour la construction d'une chambre de réduction de pression. Elle a séparé le marché en deux lots; le lot A pour les travaux de génie civil et béton armé et le lot B pour les travaux d'appareillage.
- B. La société P. SA a déposé dans le délai imparti deux offres, soit une pour chaque lot. S'agissant du prix, l'entreprise a offert des rabais et escompte de 5% et 4 % pour le lot A et de 5% et 2% pour le lot B, applicables uniquement si elle obtenait l'adjudication des 2 lots.
- C. Considérant que P. SA avait déposé une variante non autorisée, la commune a refusé de prendre en considération les rabais et escomptes promis dans la mesure où ceux-ci étaient subordonnés à une adjudication globale des deux lots.

La commune a adjugé le lot A "génie civil" à l'entreprise G. SA pour un montant de 123'760 fr. 45 et le lot B "appareillage" à l'entreprise R. SA pour un montant de 169'637 fr. 20. Selon le tableau comparatif des offres, les offres de P. SA venaient en 3^{ème} position (lot A) et 4^{ème} position (lot B) avec, respectivement, des montants de 132'953 fr. 15 et de 177'899 fr. 90.

Le 6 septembre 2001, la commune a informé P. SA que ses offres n'avaient pas été retenues.

- D. Le 17 septembre 2001, P. SA a contesté la décision d'adjudication devant le Préfet du district de la Glâne. Ce dernier s'étant récusé, le Conseil d'Etat a désigné le Préfet de la Sarine comme suppléant par arrêté du 30 octobre 2001.

Le 18 février 2002, le Préfet de la Sarine a rejeté le recours. Il a considéré en particulier que les documents d'appel d'offres relevaient clairement que les travaux consistaient en deux lots distincts, ce qui permettait aux soumissionnaires de déposer des offres pour chacun des lots individuellement ou certains d'entre eux seulement. Il a constaté par

conséquent que l'adjudicateur n'avait pas violé l'art. 31 du règlement sur les marchés public (RMP; RSF 122.91.11) en partageant le marché. L'autorité a considéré par ailleurs que la commune n'avait pas transgressé l'obligation d'adjuger le marché à l'offre économiquement la plus favorable; elle ne pouvait pas tenir compte des rabais et escomptes soumis à la condition d'une adjudication simultanée puisque les autres concurrents auraient été désavantagés au niveau du critère d'adjudication constitué par le prix. Adjuger les travaux à la recourante aurait prétérité de façon évidente les entreprises concurrentes qui avaient prévu des taux d'escomptes et de rabais séparés pour chaque lot. Le préfet a indiqué enfin que sa décision pouvait faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif dans un délai de 30 jours dès sa notification.

E. Agissant le 6 mars 2002, P. SA a contesté devant le Tribunal administratif la décision préfectorale du 18 février dont elle a demandé l'annulation. Elle a conclu, principalement, à l'adjudication du marché en sa faveur et, subsidiairement, au renvoi de la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision. A l'appui de ses conclusions, la recourante a invoqué une violation des principes de la transparence et du choix de l'offre la plus favorable.

F. Par décision présidentielle du 24 avril 2002, le Tribunal administratif a déclaré le recours irrecevable car tardif, le délai de recours de 10 jours - et non pas de 30 jours comme indiqué par erreur par le préfet - n'ayant pas été respecté.

Cette décision a été annulée par arrêt du Tribunal fédéral du 9 septembre 2002. La Haute Cour a considéré que, s'il n'était pas arbitraire de retenir un délai de 10 jours pour le recours en deuxième instance cantonale en matière de marchés publics, en revanche, le Tribunal administratif avait violé le principe de la protection de la bonne foi en estimant que la recourante, assistée d'un avocat, aurait dû corriger d'office l'erreur du préfet.

G. La procédure cantonale de recours devant le Tribunal administratif a été reprise le 2 octobre 2002.

Le 9 octobre 2002, la Commune de Massonnens a informé la Cour que les travaux litigieux étaient soit terminés, soit en phase d'achèvement.

Invitée à se déterminer sur le maintien de son recours, la recourante a requis la continuation de la procédure afin d'obtenir une constatation de l'illicéité de l'adjudication.

Le 22 octobre 2002, la commune a déposé son dossier et ses observations sur le recours, dont elle conclut au rejet sous suite de frais.

Le préfet a produit son dossier le 25 octobre 2002.

En droit:

1. a) Même s'il a été déposé en dehors du délai de 10 jours prescrit par l'art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2), le présent recours doit être considéré comme recevable en application du principe de la protection de la bonne foi (arrêt du Tribunal fédéral du 9 septembre 2002, cause 2P.96/2002).
- b) Dans la mesure où les contrats consécutifs aux adjudications litigieuses ont déjà été conclus, l'objet du présent procès se limite à la constatation du caractère illicite des décisions attaquées (art. 18 al. 2 AIMP).
- c) Dans ce cas, la recourante n'a pas besoin de prouver avoir un intérêt à la constatation. Celui-ci découle directement de l'art. 18 al. 2 AIMP (BEZ 2000 n° 9).
2. Selon l'art. 16 AIMP, 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.
3. Il ne fait pas de doute qu'en l'espèce, l'adjudicateur a expressément spécifié dans les documents d'appel d'offres que le marché serait partagé en plusieurs lots. La démarche était d'ailleurs évidente puisque les soumissionnaires ont reçu des documents d'appel d'offres distincts pour chaque lot. Il ne saurait dès lors être question en l'espèce d'une violation de l'art. 31 RMP. Ce premier grief de la recourante s'avère ainsi mal fondé.
4. a) Un des principes fondamentaux du droit des marchés publics est celui de l'adjudication à l'offre économiquement la plus favorable (art. art. 30 RMP). Ce principe découle directement d'un des buts de toute la législation en la

matière, à savoir celui de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP).

- b) En l'espèce, on ne voit pas en quoi le fait de tenir compte des rabais et escomptes proposés par la recourante en cas d'adjudication simultanée des travaux de génie civil et d'appareillage désavantageait indûment les autres concurrents qui se seraient limités à ne soumissionner que pour l'un ou l'autre lot. Il n'était pas interdit par les conditions de l'appel d'offres de soumissionner pour les deux lots, ni de prévoir des rabais et escomptes différenciés en fonction de l'adjudication d'un ou des deux lots. Il tombe sous le sens que celui qui peut effectuer les deux types de travaux quasiment en même temps réalise des économies qu'il lui est loisible de répercuter sur ses offres par des rabais spéciaux. Si le prix qui en résulte rend individuellement les offres du soumissionnaire meilleur marché et conduit à les reconnaître comme étant économiquement les plus favorables, l'adjudicateur ne saurait lui refuser l'adjudication parce que des entreprises moins polyvalentes - qui ne bénéficient donc pas des possibilités d'économie dues à la simultanéité des travaux - ont nécessairement des prix plus élevés. Vouloir protéger les entreprises moins performantes reviendrait à fausser la libre concurrence.

En particulier, on ne saurait écarter le rabais spécial sous prétexte que le maître d'œuvre, nécessairement conscient des possibilités d'économie en cas d'adjudication simultanée, y aurait renoncé en décidant d'adjuger deux lots distincts. En effet, en cas de travaux nettement distincts - comme ici des travaux de génie civil et d'appareillage - rien ne dit que suffisamment d'entreprises polyvalentes vont soumissionner pour permettre une véritable concurrence, de sorte que la simple prudence justifie la séparation du marché en plusieurs lots sans nécessairement signifier que l'adjudicateur exclut une adjudication simultanée des lots à la même entreprise si le rabais spécial rend individuellement ses offres plus favorables. Au contraire, on doit partir du point de vue que l'adjudicateur entend tout mettre en œuvre pour obtenir l'offre la plus favorable. En cas de silence de sa part, on ne doit pas considérer que le rabais spécial est interdit; une telle restriction - difficilement justifiable économiquement - dans la liberté qui doit être reconnue aux concurrents de formuler leur prix ne peut être admise que si les conditions d'appel d'offres la prévoient expressément (pour un autre avis, TA SZ in: EVG-SZ 2001 n° B.11.2 p. 132); ce qui n'est pas le cas en l'occurrence.

De même, la pratique de présenter des rabais spéciaux en cas d'adjudication simultanée de plusieurs lots est connue des entreprises (la recourante n'était pas la seule à agir de la sorte). On ne peut pas admettre que des concurrents ayant soumissionné pour les deux lots aient été dissuadés de proposer des rabais spéciaux faute d'avoir été rendus attentifs à cette possibilité par les documents d'appel d'offres. Il faut rappeler à

nouveau que si la définition du marché appartient à l'adjudicateur, la responsabilité de proposer un prix incombe en priorité au soumissionnaire. C'est à lui d'examiner les différentes options qui se présentent pour fixer ses prix. Parmi celles-ci, à l'évidence, figure la possibilité de jouer avec des rabais spéciaux liés aux éventuelles économies d'échelle réalisées en cas d'adjudication simultanée de plusieurs lots. Cette démarche commerçante relève de l'essence même de la libre concurrence et l'adjudicateur n'a pas à s'en mêler. S'il veut prescrire des règles quant à la présentation des prix, il doit les indiquer expressément dans les documents d'appel d'offres (prix unitaire, prix global, etc.). Il en va de même pour les rabais et escomptes.

On ne peut pas non plus considérer, comme l'a fait la commune, qu'en proposant un rabais spécial en cas d'adjudication simultanée des deux lots, la soumissionnaire aurait déposé une variante non admise. Il ne s'agit manifestement pas d'une variante au projet mis en soumission, ni même une variante d'exécution. Le simple aménagement du prix ne constitue pas une variante (R. Hürlimann, *Unternehmervarianten - Risiken und Problem-bereiche*, in: DC 1996 p. 4).

Enfin, il faut remarquer que le rabais spécial qui figure clairement dans chacune des offres déposées par la recourante est ferme. Il dépend certes de la réalisation de la condition posée, mais ne peut pas être retiré. On ne peut donc pas invoquer l'interdiction des négociations (art. 11 let. c AIMP) pour ne pas en tenir compte.

- c) En réalité, en proposant un rabais spécial en cas de simultanéité des adjudications, la recourante prend le pari d'avoir l'offre économiquement la plus avantageuse dans l'appréciation des deux lots. Cela signifie que l'adjudicateur doit tenir compte du rabais dans l'appréciation individuelle des offres. Si, pour chaque lot, l'offre avec ce rabais s'avère la plus avantageuse, le résultat doit être gardé et l'adjudication simultanée des deux lots doit être prononcée en faveur du soumissionnaire ayant présenté le rabais spécial. En revanche, si pour un des deux lots, ce soumissionnaire ne présente pas l'offre la plus avantageuse, il convient alors d'écarter le rabais spécial de toute l'appréciation, puisque la condition posée à son octroi n'est pas remplie.

Cette manière d'agir impose certes à l'adjudicateur un travail supplémentaire. Toutefois, ce dernier n'est pas tel qu'il se justifierait d'ignorer l'économie qui pourrait résulter du rabais.

En l'occurrence, avec le rabais/escompte, l'offre de la recourante pour le lot A est de 120'987 fr. 35 (132'953 fr. 15 - 11'965 fr. 80 de rabais/escompte) et, pour le lot B, de 165'446 fr. 90 (177'899 fr. 90 - 12'453 fr.). Considérant que

les adjudicataires ont obtenu le marché avec des offres de 123'760 fr. 45 (lot A) et de 169'637 fr. 30 (lot B), il faut constater qu'à qualité égale, la recourante a présenté des offres plus favorables que celles retenues par l'adjudicateur. Dans ce sens, la commune a violé la loi en rendant les décisions d'adjudication attaquées.

- d) Cela étant, il faut remarquer que d'autres entreprises, dont on n'a pas le détail des offres dans le dossier (notamment G. SA qui a obtenu le lot A), avaient également proposé des rabais supplémentaires en cas d'adjudication simultanée. Ces rabais n'ont pas été pris en considération non plus. Il n'est donc pas dit que la recourante aurait nécessairement obtenu l'adjudication litigieuse si la commune avait correctement appliqué les règles sur la passation des marchés publics.

La question de savoir si un soumissionnaire écarté aurait eu une chance d'obtenir l'adjudication est toutefois une question qui relève d'un éventuel procès en dommages-intérêts et non pas de la procédure en constatation de l'illicéité de la décision d'adjudication (JAB 2002 p. 76), de sorte que la Cour n'a pas à la trancher dans le cadre du présent procès.

5. Il appartient à la commune de verser une indemnité de partie à la recourante qui a fait appel à un avocat pour défendre ses intérêts (art. 137 CPJA) et qui obtient gain de cause. Il convient cependant de réduire le montant figurant dans la liste de frais déposée par le mandataire de la recourante dès lors que seules les opérations effectuées devant le Tribunal administratif peuvent être indemnisées (art. 137 CPJA).

**Par ces motifs,
la IIème Cour administrative
d é c i d e :**

1. Le recours est admis.

2. Il est constaté que les décisions prises par la Commune de Massonnens relatives à l'adjudication des lots A "Génie civil" et B "Appareillage" sont illicites.