

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

II^e COUR ADMINISTRATIVE

Séance du 23 décembre 2004

Statuant sur le recours interjeté le 3 décembre 2004
(2A 04 117)

par

Z., représentée par Me Pascal Moesch, avocat à La Chaux-de-Fonds,

contre

la décision rendue le 22 novembre 2004 par les **Etablissements de Bellechasse**, représentés par Me Paolo Ghidoni, avocat à Fribourg, adjugeant des travaux de drainage à la société **H.**;

(Marchés publics)

Considérant :

En fait:

- A. Le 9 novembre 2004, les Etablissements de Bellechasse ont invité trois entreprises, parmi lesquelles Z. et H., à soumissionner pour la pose de drainages à la Sapinière. Z. a déposé son offre le 19 novembre 2004 pour un montant indiqué de 186'030 fr. 50.

Le 22 novembre 2004, l'adjudicateur a attribué le marché à H. pour un montant net de 182'793 fr. et une évaluation totale des critères d'adjudication de 294 points. Le même jour, il a informé Z. - qui avait obtenu 250 points - de l'adjudication du marché à son concurrent.

Le 29 novembre 2004, sur demande de Z., les Etablissements de Bellechasse lui ont communiqué les documents intitulés "Tableau des critères d'aptitude et d'adjudication" et "Récapitulation des critères d'adjudication" qui détaillent l'attribution des points aux trois soumissionnaires.

- B. Par recours du 3 décembre 2004, Z. a contesté devant le Tribunal administratif la décision d'adjudication du 22 novembre 2004 dont elle demande l'annulation sous suite de frais et dépens. Elle conclut principalement à obtenir l'attribution des travaux de drainage et subsidiairement au renvoi de la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

A l'appui de ses conclusions, la recourante explique avoir commis une erreur de calcul dans son offre, 4'256 drains à 5 fr. pièce ne représentent pas 26'280 fr., mais 21'280 fr. Ainsi, le montant total réel de l'offre n'était pas de 186'030 fr. 50 mais, une fois l'erreur corrigée, de 180'969 fr. Cette correction avait pour effet de rendre l'offre la plus avantageuse puisque la recourante aurait ainsi obtenu, après application des critères, un total de 300 points contre seulement 276 pour H.. En ne procédant pas d'office à la correction de l'offre, l'adjudicateur aurait violé l'art. 26 al. 2 du règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11) ainsi que l'obligation d'adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 13 let. f de l'accord intercantonal sur les marchés publics; AIMP; RSF 122.91.2).

Dans ses observations, l'autorité intimée conclut, sous suite de frais et dépens, principalement au rejet du recours. Subsidiairement, elle s'en remet

à justice tout en demandant qu'en cas d'admission du recours, les frais de justice soient mis à la charge de la recourante qui a commis l'erreur dans son offre. Elle relève que l'erreur n'était pas évidente et qu'au surplus, elle aurait pu concerner tout aussi bien le prix unitaire plutôt que le prix global. Une telle situation permettrait ainsi au soumissionnaire d'invoquer l'erreur dans un sens ou dans l'autre selon son classement dans le processus d'adjudication.

H. conclut au rejet du recours et relève également que l'erreur aurait tout aussi bien pu concerner le prix unitaire.

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). Dès lors qu'en qualité de soumissionnaire évincé, la recourante conclut à l'adjudication du marché litigieux, elle a manifestement qualité pour contester la décision attribuant les travaux à un concurrent.

Il faut constater, par ailleurs, que les Etablissements de Bellechasse disposent de la personnalité de droit public (art. 1 de la loi sur les Etablissements de Bellechasse; RSF 341.1) et qu'ils constituent par conséquent un établissement public de l'Etat assujetti à la législation sur les marchés publics (art. 2 RMP et art. 8 al. 1 AIMP).

- b) 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.
2. a) Selon l'art. 26 al. 2 RMP, les erreurs évidentes de l'offre, telles les erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées.

Selon la doctrine, il convient de se montrer très prudent dans l'admissibilité d'une telle 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 (P. GALLI/A. MOSER/E. LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungs-

rechts, Zurich, Bâle, Genève 2003, § 349 ss; voir aussi LGVE 2003 II n° 13). 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 (arrêt du Tribunal administratif zurichois du 27 août 2003, VB.2003.00154).

Il y a lieu de préciser également que l'art. 26 al. 2 RMP est une disposition cantonale spécifique aux marchés publics et que, dans la mesure où il n'est pas question ici de conclusion de contrat, l'art. 24 al. 3 du code des obligations relatif à l'erreur n'est pas applicable (P. GAUCH, rem. ad ch. 337, DC 1998 p. 128; RVJ 2003 p. 76).

- b) Dans le cas d'espèce, il faut constater tout d'abord que l'erreur dont se prévaut la recourante est discrète. Elle ne saute pas aux yeux lors de la lecture de l'offre (26'280 fr. au lieu de 21'280 fr.). Parallèlement, l'adjudicateur a expliqué qu'il s'est limité à vérifier que l'addition des prix globaux soit correcte; dans la mesure où les prix unitaires sont des données spécifiques au soumissionnaire qui est seul à connaître le prix des fournitures et à déterminer sa marge de bénéfice à ce sujet, l'autorité adjudicatrice n'a pas contrôlé les multiplications des prix unitaires par les quantités. Elle n'a donc pas constaté l'erreur alléguée par la recourante avant le dépôt du présent recours.

Comme le relèvent aussi bien l'autorité intimée que l'adjudicataire, l'erreur qui affecte la multiplication dont se prévaut la recourante peut avoir deux explications. Elle peut consister soit en une erreur sur le résultat de l'opération (4'256 pièces X 5 fr. ne font pas 26'280 fr., mais 21'280 fr.), soit en une erreur de transcription du prix unitaire (26'280 fr. représentent 4'256 pièces à 6.175 fr. et non pas à 5 fr.). Il est certes peu vraisemblable que qu'un soumissionnaire fixe un prix unitaire au millième de franc dans un marché de drainage de l'ordre de 200'000 fr. Un tel procédé ne peut toutefois être exclu dans la mesure où chaque concurrent est maître de ses prix. De plus, comparé au prix inscrit de 5 fr., un prix unitaire à 6.175 fr. n'apparaît pas plus cher au point de devenir déraisonnable et d'exclure manifestement cette interprétation du calcul. L'objet de l'erreur alléguée sur la position des drains peut donc prêter à discussion et n'apparaît pas évident.

Au surplus, une manipulation de l'offre ne peut être d'emblée exclue. Ainsi, si la recourante avait remporté l'adjudication pour le prix proposé de 186'030 fr. 50, rien ne l'aurait empêchée d'alléguer une erreur sur le prix unitaire pour maintenir le coût des drains à 26'280 fr. Cette même position de l'offre lui permet actuellement de prétendre à une correction du prix des drains à 21'280 fr. au titre d'erreur de multiplication. En définitive, l'erreur concernant

le coût des drains laisse au soumissionnaire, maître de ses prix, la possibilité théorique d'ajuster le montant de son offre de plus ou moins 5'000 fr. selon l'angle sous lequel il invoque cette erreur.

Compte tenu de cette incertitude, il ne saurait être question de permettre à un soumissionnaire de modifier unilatéralement son offre après avoir connu le montant auquel le marché a été adjugé. Même si, vu le caractère inhabituel d'un prix unitaire théorique à 6.175 fr., il est peu probable que l'erreur se soit produite sur ce prix, cette éventualité demeure et exclut l'existence d'une erreur manifeste dont la portée serait exempte de toute interprétation. On ne saura jamais quelle aurait été l'attitude de la recourante si elle avait obtenu le marché au prix indiqué de 186'030 fr. 50. Il n'est pas exclu qu'elle eût exigé le paiement plein du montant offert en invoquant l'erreur sur le prix unitaire. L'adjudicataire aurait été alors bien en peine de prouver l'erreur sur le prix global dès lors que le prix relève de l'autonomie du soumissionnaire.

Dans une telle situation, l'intérêt public lié à la nécessité de préserver les marchés publics de tout risque de manipulation exclut l'application de l'art. 26 al. 2 RMP. Il incombe à la recourante de supporter les conséquences de sa propre négligence.

Au demeurant, il faut relever que l'art. 26 al. 2 RMP est la base légale indispensable pour permettre à l'adjudicateur de modifier unilatéralement les offres affectées d'une erreur manifeste. En d'autres termes, il s'agit d'un instrument d'examen des offres de l'adjudicateur et pas directement d'un moyen à disposition du soumissionnaire pour mettre à néant une adjudication. Du moment que le soumissionnaire laisse le marché être attribué sans attirer préalablement l'attention de l'adjudicateur sur l'erreur de son offre, on peut sérieusement se poser la question de savoir si, sous l'angle de la bonne foi, il peut encore invoquer sa propre négligence pour mettre en cause une décision d'adjudication n'ayant pas corrigé d'office cette erreur.

Il n'est pas nécessaire de trancher cette question dès lors qu'en l'occurrence, l'erreur invoquée par la recourante à une portée ambiguë qui exclut la reconnaissance d'une erreur manifeste.

3. Mal fondé, le recours doit être rejeté.