



602 2008-21

**Arrêt du 5 juin 2008**

**II<sup>e</sup> COUR ADMINISTRATIVE**

PARTIES

**X. SA, recourante**, représentée par Me Christophe Claude Maillard, avocat, av. de la Gare 10, case postale 231, 1630 Bulle,

contre

**FONDATION HORIZONSUD ATELIERS PROTEGES**, case postale 41, 1633 Marsens, **autorité intimée**, représentée par Me Jean-Luc Maradan, avocat, rue de Lausanne 91, 1700 Fribourg,

**Y. SA, intimée**, représentée par Me Denis Esseiva, case postale 656, bd de Pérolles 21, 1701 Fribourg,

OBJET

Marchés publics

Recours du 11 février 2008 contre la décision du 29 janvier 2008

**c o n s i d é r a n t e n f a i t**

A. Le 30 novembre 2007, la Fondation HorizonSud, adjudicatrice, a lancé un appel d'offre, pour la construction d'ateliers protégés sur deux niveaux, pour personnes en situation de handicap psychique. La société X. SA a déposé son offre pour les travaux de chauffage, le 10 janvier 2008, pour un montant indiqué de 406'247 fr.

B. L'offre de X. SA a été corrigée d'office, pour ce qui concerne le poste "appareils" à 235'734 fr. au lieu de 228'734 fr. La différence de 7'000 fr. résulte d'une erreur de la secrétaire de la recourante, qui a inscrit un montant de 39'925 fr. au lieu de 32'925 fr. à la position 1 du poste "appareils". Le total net de l'offre corrigée est ainsi passé de 406'247 fr. à 413'284 fr. 40, plaçant ladite société en troisième position des sept entreprises retenues.

C. Par décision du 29 janvier 2008, l'adjudicatrice a attribué le marché à la société Y. SA pour un montant net de 410'269 fr. 10 et une évaluation totale des critères d'adjudication de 500 points. Le même jour, elle a informé X. SA, qui avait obtenu 493,50 points, de l'attribution du marché à son concurrent.

D. Le 11 février 2008, la société X. SA a déposé un recours assorti d'une requête d'effet suspensif, auprès du Tribunal cantonal, contre la décision d'adjudication du 29 janvier 2008. La recourante allègue une application arbitraire de l'art. 26 du Règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11), un abus du pouvoir d'appréciation, une constatation inexacte des faits pertinents au sens de l'art. 77 du Code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1) et une violation du droit d'être entendu. Elle conclut à l'admission du recours, à l'annulation de la décision attaquée, ainsi qu'à l'adjudication du marché en sa faveur, pour un montant de 406'247 fr.

A l'appui de ses conclusions, la recourante invoque que l'adjudicatrice n'aurait pas dû corriger d'office son offre, sans lui demander d'explication ou de confirmation. Elle reproche également au pouvoir adjudicateur, respectivement à l'ingénieur CVS chargé de contrôler les différentes offres (ci-après, l'ingénieur CVS), d'être parti de l'idée que la recourante avait commis une erreur d'addition, sans imaginer qu'il pouvait s'agir d'une erreur dans l'écriture d'une position. Par ailleurs, elle estime que l'adjudicatrice aurait dû l'interpeller dans le cadre de la procédure de contrôle des offres.

E. Dans sa détermination du 25 février 2008, la Fondation HorizonSud s'oppose dans un premier temps à l'octroi de l'effet suspensif. De plus, elle précise qu'une différence de 7'000 fr. avec le prix allégué ne saurait être assimilée à une erreur de calcul ou d'écriture. L'intimée ajoute encore que, pour respecter le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, seules les erreurs évidentes, dites de calcul, sont concernées par une possible correction. Enfin, elle estime que la différence dans le total des offres provient d'une fausse indication de la recourante. Cette dernière doit en supporter seule les conséquences.

La Fondation intimée conclut au rejet du recours, sous suite de frais et dépens, ainsi qu'à la confirmation de la décision d'adjudication.

F. Le 12 mars 2008, l'autorité intimée a déposé une écriture complémentaire auprès du Tribunal cantonal. En substance, elle complète sa détermination au sujet des faits, précisant que l'ingénieur CVS a constaté par deux fois une différence de 7'000 fr. entre le total établi par la recourante et le total auquel il est parvenu. L'intimée ajoute qu'aucune

erreur de calcul n'était décelable, puisque les prix unitaires n'étaient pas indiqués. Elle précise que l'ingénieur CVS, constatant qu'il s'agit d'une erreur de report, ne pouvait pas vérifier les montants auprès de la recourante et lui donner la possibilité de modifier son offre en connaissance de cause, car ceci est illicite. La Fondation estime que l'erreur ne constitue pas une erreur de calcul évidente. En définitive, le recours étant dénué de chances de succès, il convient selon l'intimée de ne pas accorder l'effet suspensif.

G. Invitée à se déterminer au sujet du recours, la société X. SA a renoncé à déposer ses observations, par courrier du 17 mars 2008. Elle précise toutefois que son offre est confidentielle et ne peut être divulguée. Elle ajoute que l'offre de la recourante ne semble pas indiquer tous les prix unitaires, ce qui constitue une informalité grave qui aurait dû entraîner l'irrecevabilité pure et simple de la soumission.

H. En date du 17 avril 2008, la recourante a déposé ses contre-observations. Elle estime qu'en cas de doutes ou d'interrogations, le mandataire de l'intimée (ingénieur CVS) devait inviter la recourante à fournir des explications. Elle confirme par ailleurs qu'il y a eu erreur d'écriture.

## **e n d r o i t**

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. Le Tribunal cantonal peut donc examiner les mérites du recours.

b) Selon l'art. 16 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2), 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 des faits (let. b). En revanche, le Tribunal cantonal ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité.

2. a) Selon l'art. 11 let. c AIMP, les rounds de négociations sont interdits lors de la passation de marchés. Ainsi, une fois les délais de dépôt passés, les soumissionnaires n'ont en principe plus le droit de présenter des explications sur leurs offres. L'autorité ne peut dès lors accepter que certaines explications très limitées, destinées à préciser certains points de l'offre, mais non pas à la modifier, sous peine de porter atteinte à l'égalité de traitement entre concurrents (N. MICHEL, Droit public de la construction, Fribourg 1996, p. 388, n° 1939; RJN 2000 p. 248; RDAF 1998 I 256-257).

En règle générale, les offres doivent être appréciées telles qu'elles ont été déposées (RDAF 1998 p. 256). Elles ne peuvent plus être modifiées après l'échéance du délai de soumission. Il n'y a d'exceptions que pour les corrections et les modifications excluant toute manipulation ou toute falsification du jeu de la concurrence, en d'autres termes lorsqu'il s'agit de lever un doute sur une position ou une donnée qui figure dans la soumission. L'autorité peut par exemple corriger une erreur de calcul facilement reconnaissable (MICHEL, op. cit., p. 395 n° 1964 et les références citées).

b) Aux termes de 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 Beschaffungsrechts*, Zurich, Bâle, Genève, 2007, § 456 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 de Zurich du 27 août 2003, VB. 2003.00154).

L'erreur de calcul que l'ordonnance de soumission permet de corriger 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 calculation ou dans l'élaboration de l'offre, dont la correction est interdite (MICHEL, *op. cit.*, p. 395 n° 1966). Selon la jurisprudence, la notion d'erreur de calcul est applicable aux inadvertances que les parties commettent lors d'opérations arithmétiques (ATF 116 II 685 consid. 2 b).

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.

b) En l'occurrence, la recourante prétend que sa secrétaire a commis une erreur en recopiant faussement le montant de 39'925 fr. au niveau de la position 1 du poste "appareils" (CFC 242.0), alors qu'il s'agissait en réalité du montant de 32'925 fr.

La recourante estime à tort que le pouvoir adjudicateur, respectivement l'ingénieur CVS, aurait dû se rendre compte que le prix de 39'925 fr. était trop élevé par rapport au prix du marché. Or, l'ingénieur doit se limiter à vérifier que l'addition des prix globaux soit correcte. Il ne lui incombe pas de vérifier les prix unitaires indiqués par les soumissionnaires. Qui plus est, il est impossible pour l'adjudicateur de connaître les accords particuliers sur les prix entre un fournisseur et son client. Le soumissionnaire est le seul à connaître le prix des appareils et à déterminer sa marge de bénéfice en fonction (ATA du 23 décembre 2004, 2A 04 117). Ainsi, l'offre du fournisseur Schmidt ne permet pas d'établir le prix que la recourante entendait soumettre à l'adjudicateur, car seule cette dernière pouvait connaître le coefficient qu'elle allait appliquer aux différents postes de l'offre de son fournisseur afin de déterminer sa marge de bénéfice.

Ainsi, l'ingénieur, constatant une erreur dans l'opération arithmétique - soit que le total global du poste "appareils" ne correspondait pas avec l'addition des différents montants - ne pouvait pas savoir si une ou plusieurs erreurs avaient été commises, ni sur quel(s) poste(s). De plus, conformément à la jurisprudence (cf. ci-dessus consid. 2a), il ne pouvait demander à la recourante des précisions sur son offre, car cette dernière aurait ainsi été amenée à corriger son offre en conséquence, ce qui n'est pas admissible au regard de l'égalité de traitement entre soumissionnaires. Partant, on ne peut reprocher à l'ingénieur

d'avoir corrigé, selon l'art. 26 al. 2 RMP, ce qui lui semblait être une erreur manifeste de calcul, au niveau de l'addition des prix globaux.

c) 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 ayant corrigé d'office cette erreur (ATA du 23 décembre 2004, 2A 04 117).

En l'espèce, la recourante aurait pu s'apercevoir de son erreur avant l'attribution du marché et demander la correction de la position 1 du poste "appareils", au lieu d'attendre la décision d'adjudication et la connaissance du montant des offres de ses concurrents. Il appartient en premier lieu au soumissionnaire de faire preuve d'une certaine diligence dans l'élaboration de son offre et de présenter une soumission exempte d'erreur (cf. ci-dessus consid. 2b). On peut ainsi attendre de chaque soumissionnaire qu'il vérifie le montant des différents postes, avant de déposer définitivement sa soumission.

Compte tenu de ces éléments et du fait qu'on ne peut exclure une manipulation ou une falsification du jeu de la concurrence, 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.

En conséquence, il incombe à la recourante de supporter seule les conséquences de sa propre négligence.

3. a) Au vu de ce qui précède, il convient de rejeter le recours et de confirmer la décision d'adjudication. Par ailleurs, le présent arrêt tranchant le litige au fond, la demande d'effet suspensif devient sans objet.

b) Il appartient à la recourante, qui succombe, de supporter les frais de procédure en application de l'art. 131 CPJA.

c) A teneur de l'art. 139 CPJA, aucune indemnité de partie n'est allouée aux collectivités publiques visées à l'art. 133 CPJA, sauf dans les cas où leurs intérêts patrimoniaux sont en cause ou que des circonstances particulières ont rendu nécessaire l'appel à des mandataires extérieurs.

La *ratio legis* de cet article se fonde essentiellement sur le postulat qui veut que défendre une application correcte de la loi entre dans le cadre de l'activité ordinaire des collectivités en cause. Disposant de fonctionnaires spécialisés, elles sont normalement en mesure de répondre au recours, voire de recourir elle-même, sans engager des frais de fonctionnement supplémentaire qu'il conviendrait d'indemniser. Il est d'ailleurs équitable que les collectivités publiques qui n'encourent, en principe, aucun frais de procédure lorsqu'elles sont désavouées (art. 133 CPJA) n'obtiennent, à l'inverse, aucune indemnité lorsque leur point de vue est admis (C. PFAMMATTER, L'indemnité de partie devant le Tribunal administratif fribourgeois, in RFJ 1993, p. 126).

Cela étant, la loi prévoit trois exceptions à la règle. En premier lieu, une indemnité peut être allouée lorsque les intérêts patrimoniaux de la collectivité sont en cause. La seconde

exception au principe du refus de l'indemnité vise le cas où la collectivité publique agit comme un simple particulier. L'art. 139 CPJA réserve enfin la possibilité d'allouer une indemnité à une collectivité publique lorsque des circonstances particulières ont rendu nécessaires l'appel à des mandataires extérieurs (PFAMMATTER, op. cit., p. 127) .

En l'espèce, seule la troisième exception à la règle, prévue à l'art. 139 CPJA, peut entrer en considération. Les conditions particulières qui rendent nécessaire l'appel à un mandataire extérieur sont notamment réalisées lorsque la collectivité publique en cause ne dispose visiblement pas de l'infrastructure nécessaire pour défendre son point de vue dans le procès ou si celui-ci requiert un tel travail de la part de la collectivité publique qu'on ne peut plus attendre de cette dernière qu'elle se charge elle-même de cette tâche, sous peine de voir négliger les activités ordinaires qui lui sont dévolues (PFAMMATTER, op. cit., p. 127-128).

Par conséquent, au vu du caractère technique des marchés publics, la Fondation HorizonSud, qui n'a pas de service juridique à sa disposition, a droit une indemnité, en application de l'art. 139 CPJA.

La liste de frais déposée ne respecte pas le Tarif des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (RSF 150.12), en particulier s'agissant du montant des honoraires (230 fr./heure) et le prix des photocopies (0.30 fr./pièce). Par ailleurs, il est manifeste qu'elle concerne également une procédure parallèle (602 08 19), pas encore jugée. En conséquence, l'indemnité est arrêtée, *ex aequo et bono*, à 2'500 fr. (TVA comprise).

La société adjudicataire, Y. SA, qui a fait appel à un avocat pour défendre ses intérêts, n'a pas demandé d'indemnité de partie.

210.4; 210.9