



602 2008-25

Arrêt du 5 juin 2008

II^e COUR ADMINISTRATIVE

PARTIES

X. SA recourante, représentée par Me Jacques Meyer, avocat, bd de Pérolles 12, case postale 720, 1701 Fribourg,

contre

ASSOCIATION CENTRE PROFESSIONNEL CANTONAL, Derrière-les-Remparts 1, 1700 Fribourg, **autorité intimée**, représentée par Me Denis Esseiva, avocat, bd de Pérolles 21, case postale 656, 1701 Fribourg,

OBJET

Marchés publics

Recours du 11 février 2008 contre la décision du 30 janvier 2008

c o n s i d é r a n t e n f a i t

A. Selon ses statuts du 5 juillet 2004, l'Association du Centre professionnel cantonal (ci-après, l'Association) est une association au sens des art. 60 ss du Code civil suisse, dont le but est d'aider au développement de la formation professionnelle dans le Canton de Fribourg par la construction, l'entretien et l'exploitation des locaux et installations destinés à la formation professionnelle.

L'Association est composée de l'Etat de Fribourg, de la Commune de Fribourg, de la Commune de Bulle, d'autres communes du canton ainsi que d'associations patronales et d'associations de travailleurs.

La tâche de construire, entretenir et exploiter des locaux et installations d'écoles professionnelles est déléguée à l'Association par les art. 30 et 31 de la loi d'application de la loi fédérale sur la formation professionnelle (RSF 420.1).

B. Le 4 mai 2007, l'Association a publié un appel d'offres selon la procédure ouverte de marchés publics ayant pour objet l'agrandissement de ses bâtiments, sis dans le quartier de l'Alt, à Fribourg. Les travaux à adjuger étaient divisés en divers lots dont celui concernant la "sécurité", n° 235.

Selon les documents détaillés d'appel d'offres, le lot n° 235 était lui-même composé de quatre positions, correspondant à quatre ouvrages relevant du génie électrique et de l'équipement, soit:

- CFC 235.03 Sonorisation;
- CFC 235.7 Horloges;
- CFC 235.10 Eclairage de sécurité;
- CFC 235.13 Détection incendie.

C. Le 11 juin 2007, la société X. SA a répondu à l'appel d'offres et déposé une soumission relative au lot n° 235. Le montant net de l'offre hors taxes était de 363'543 fr. 70 et le montant final TTC de 391'173 fr.

L'offre de X. SA est la seule à avoir été déposée en réponse à l'appel d'offres.

D. Prenant acte de cette situation, le représentant de l'Association adjudicatrice a convoqué l'entreprise X. SA à une discussion qui a eu lieu le 4 septembre 2007. Après l'avoir informée de l'existence d'une seule offre, il lui a expliqué se trouver devant le choix soit d'interrompre la procédure d'adjudication, soit d'obtenir de X. SA une offre modifiée cadrant mieux avec le montant devisé et budgété.

Le 19 septembre 2007, X. SA a déposé une offre modifiée correspondant à une variante de projet présentant des moins-values, le montant net atteignant 320'916 fr. et le montant final TTC étant de 345'305 fr.

Après avoir encore une fois rencontré le soumissionnaire, l'Association adjudicatrice a décidé, le 30 janvier 2008, d'interrompre la procédure d'appel d'offres. Elle a motivé cette interruption par le fait qu'elle ne disposait pas du financement suffisant pour adjuger le

marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. Elle a indiqué en particulier que le marché n'était pas remis en cause et qu'un nouvel appel d'offres sur invitation serait réalisé.

E. Agissant le 11 février 2008, X. SA a contesté devant le Tribunal cantonal la décision d'interruption de la procédure du 30 janvier 2008 dont elle demande l'annulation, sous suite de frais et dépens. A titre principal, la recourante conclut à ce qu'ordre soit donné au pouvoir adjudicateur de continuer la procédure interrompue et de lui adjuger le marché, au choix, pour le prix de 391'173 fr. TTC sur la base de la soumission du 11 juin 2007, ou pour le prix de 345'305 fr. TTC sur la base de l'offre modifiée du 19 septembre 2007. Subsidièrement, la recourante demande à la Cour de céans de constater l'illicéité de la décision du 30 janvier 2008.

A l'appui de ses conclusions, la recourante se plaint de l'absence de motivation de la décision attaquée et estime que les conditions posées par la loi à une interruption de procédure d'adjudication n'étaient pas réunies dès lors que les raisons budgétaires invoquées ne sont pas crédibles étant rappelé que le dépassement allégué de budget (15 % de 300'000/400'000 fr.) concernant ce poste est insignifiant par rapport à un ouvrage dont le devis global doit atteindre plusieurs dizaines de millions de francs.

La recourante conteste, surtout, que la présence d'une seule offre était de nature à ne pas garantir une concurrence efficace. Dans la mesure où l'offre initiale et l'offre modifiée se rapprochent fortement, voire atteignent le prix devisé par l'adjudicateur, il n'y avait pas de juste motif pour interrompre l'adjudication.

La recourante prétend enfin qu'en réalité, le motif réel d'interruption serait ailleurs. En regroupant les quatre postes du lot, l'adjudicateur a obligé les soumissionnaires à inclure, dans leurs calculs de prix de revient, le coût des services ayant pour objet la coordination entre les quatre domaines à réaliser. Or, en divisant les lots, ce travail de coordination aurait pu être effectué par le mandataire ingénieur-conseil en électricité de l'adjudicateur, ce sur la base du mandat attribué.

Dans son mémoire de recours, la recourant a également formulé une requête d'effet suspensif et de mesure d'urgence visant à empêcher la signature de tout contrat relatif au lot 235 ou d'ouvrir toute nouvelle procédure de marché public dans ce domaine.

F. Le 14 mars 2008, l'Association adjudicatrice a déposé ses observations sur le recours. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, principalement à l'irrecevabilité du recours et subsidiairement à son rejet. Elle relève que le prix offert par la recourante est trop élevé pour envisager une adjudication conforme au principe de l'attribution du marché à l'offre la plus avantageuse économiquement. Par ailleurs, l'absence de concurrence en raison du dépôt d'une seule offre n'a pas permis à l'Association d'avoir un reflet des prix du marché.

L'autorité intimée conteste avoir regroupé les quatre CFC en un seul lot pour obtenir une réduction des heures de coordination devant être exécutées par son bureau d'ingénieur-conseil. Néanmoins, du moment que la recourante entend sous-traiter certaines prestations à des tiers, c'est à elle qu'incombe la coordination avec les différents sous-traitants.

L'Association relève également que l'offre de la recourante était de toute manière affectée de grave vice de forme, notamment une non-acceptation des conditions du maître de l'ouvrage, qui la rendait inacceptable.

Elle souligne surtout que l'adjudicatrice n'a pas demandé une offre modifiée à la recourante, mais un rabais sur le montant offert initialement. Elle estime que ce faisant, son représentant a signifié à la recourante que la procédure d'appel d'offres était interrompue et que le maître de l'ouvrage entendait négocier l'offre dans le cadre d'une procédure de gré à gré. En acceptant le principe de la négociation et en déposant une offre modifiée, la recourante a accepté l'interruption de la procédure. Lors des discussions du 4 septembre 2007, la recourante a indiqué au représentant de l'Association qu'elle avait intégré dans son offre 650 heures pour la coordination des entreprises sous-traitantes, ce que son interlocuteur avait jugé hors de proportion avec la nature du marché à exécuter.

L'offre déposée le 19 septembre 2007, n'était pas ce qui demandait l'adjudicatrice dès lors qu'il ne s'agissait pas d'un rabais, mais d'une variante de projet présentant des moins-values. Lors des discussions ultérieures avec la recourante, cette dernière a été une nouvelle fois interrogée sur la justification des 650 heures prévues pour la coordination des sous-traitants.

L'autorité intimée explique que, pour elle, l'offre du 19 septembre 2007 est inacceptable dès lors que les propositions de la recourante impliquent une modification du programme des travaux concernant la centrale de détection incendie, l'horloge mère, les feux à éclats et les platines audio-vidéo et haut-parleurs. Quant à l'offre initiale, elle dépasse, selon elle, de plus de 54 % le montant du devis qu'elle avait établi pour les travaux, soit 235'500 fr.

Sous l'angle du droit, l'autorité intimée estime que, dans la mesure où la recourante n'a pas contesté l'interruption de la procédure qui lui a été indiquée lors de l'entretien du 4 septembre 2007 et est entrée en matière sur la procédure de gré à gré en déposant une offre le 19 septembre 2007, elle est forclosée pour contester la décision d'interruption du 30 janvier 2008.

Pour le surplus, l'Association intimée considère que l'absence de concurrence suffisante due à la présence d'une seule offre justifie à elle seule l'interruption d'une procédure de passation, même si cette offre ne dépasse pas le devis du maître de l'ouvrage.

Le fait que le montant de l'offre déposée dépasse largement le devis de l'adjudicateur constitue également en l'espèce un motif autorisant l'interruption de la procédure.

G. Le 28 mars 2008, la recourante est intervenue pour contester le devis allégué par l'autorité intimée en indiquant que les documents produits à ce propos ne permettent aucune comparaison avec les documents d'appel d'offres et que le représentant de l'Association avait lui-même mentionné disposer d'un devis et d'un budget de 310'000 fr. A cette occasion, la recourante a requis la tenue de débats publics, avec audition par la Cour des protagonistes de cette affaire.

Invitée à expliquer sa position vis-à-vis des documents fondant le devis dont elle se prévaut, l'Association intimée s'est exécutée le 25 avril 2008. Il en ressort qu'elle s'est appuyée sur trois devis (deux du 18 octobre et un troisième du 3 novembre 2006) pour fixer le niveau financier du projet à 235'500 fr. L'indication par le représentant de l'Association de l'existence d'un devis de 310'000 fr. lors de la séance du 4 septembre 2007 était une erreur.

Dans ses contre-observations du 19 mai 2008, la recourante conteste qu'une interruption de la procédure ait eu lieu avant la date du 30 janvier 2008 dès lors qu'aucun document écrit contenant l'indication des voies de droit n'a été notifié avant cette date. Procédant par ailleurs à un examen très détaillé des documents à disposition, elle estime qu'aucune des

pièces produites par l'intimée ne peut servir de point de comparaison à l'offre sinon indirectement. Les plus-values contenues dans la mise en soumission, par environ 149'000 fr., par rapport aux offres et devis produits par l'autorité intimée montrent que l'offre de X. SA était parfaitement concurrentielle.

H. Le 29 mai 2008, la recourante a renoncé à sa requête concernant la tenue de débats publics, dans la mesure où ses offres de preuve devaient être rejetées.

e n d r o i t

1. a) L'Association pour le Centre professionnel cantonal n'est pas une association de commune au sens des art. 109 ss de la loi sur les communes (LCo; RSF 140.1), mais une association au sens des art. 60 ss du code civil (cf. Statuts de l'Association, RSF 423.21); elle est délégataire d'une tâche essentiellement étatique, soit le financement des locaux et des installations des écoles professionnelles (art. 30 et 31 de la loi sur la formation professionnelle). Outre des communes, l'Etat ainsi que des associations professionnelles et des associations de travailleurs en sont membres. Il s'agit donc d'un organe assumant une tâche publique cantonale qui est soumis à la loi sur les marchés publics en application de l'art. 8 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2).

Conformément à l'art. 2 al. 1 de la loi sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1), ses décisions relatives aux marchés publics sont sujettes à recours au Tribunal cantonal.

b) Dans la mesure où, en l'occurrence, le recours, dûment motivé, a été formé dans le délai légal de 10 jours dès notification de la décision d'interruption du 30 janvier 2008 (art. 15 al. 2 AIMP), le Tribunal cantonal peut entrer en matière sur ses mérites.

En particulier, il faut constater que, contrairement aux affirmations de l'autorité intimée, la communication orale faite à la recourante par son représentant, le 4 septembre 2007, n'avait pas pour effet de faire partir le délai de recours. En effet, outre que le contenu exact de cette communication n'est pas établi, il faut rappeler que, selon l'art. 69 du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1), en cas de notification verbale d'une décision, cette dernière doit être confirmée par écrit dans les meilleurs délais et que le délai pour utiliser une voie de droit ne commence à courir qu'à partir de la communication de la confirmation écrite. Du moment que la seule décision écrite d'interruption de la procédure est celle du 30 janvier 2008, le recours formé dans le délai de 10 jours dès sa notification l'a été dans le délai prescrit.

c) Considérant que le présent litige pose, pour l'essentiel, des questions de droit, et non pas de fait, il est inutile de procéder à l'audition des différents protagonistes de l'affaire pour déterminer ce qui s'est dit exactement lors des discussions entre les parties. Les offres de preuve de la recourante doivent ainsi être rejetées.

d) Selon l'art. 16 al. 1 AIMP, le recours devant le Tribunal cantonal 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, à défaut d'habilitation légale expresse, le Tribunal cantonal ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité (art. 16 al. 2 AIMP).

2. Selon l'art. 13 let. i AIMP, les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir la possibilité d'interrompre et de répéter la procédure de passation en cas de justes motifs. Par justes motifs, il faut entendre toutes les circonstances imprévisibles et importantes qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger du pouvoir adjudicateur que la procédure de passation aboutisse à une adjudication (P. GALLI / A. MOSER / E. LANG / E. CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2^{ème} éd., Zurich 2007, p. 214 ss). En droit fribourgeois, l'art. 34 du règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11) règle la question de l'interruption et de la répétition de la procédure. En vertu de l'art. 34 al. 1 let. b RMP, l'adjudicateur peut interrompre ou répéter la procédure notamment lorsque les offres déposées ne permettent pas de garantir une concurrence efficace.

En vue de satisfaire à l'objectif de développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics, la législation tend à organiser l'attribution des marchés de telle sorte que le pouvoir adjudicateur soit en mesure de comparer différentes offres et de retenir la plus avantageuse, sur la base de critères objectifs. Or, lorsqu'à l'issue d'une des procédures de passation des marchés publics, il ne reste plus qu'une seule offre, le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de comparer entre les prix ou entre les autres caractéristiques de différentes offres afin d'attribuer le marché conformément aux critères définis. Dans une telle situation, le but même de mise en concurrence visé par la procédure de marché public n'étant pas atteint, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'attribuer le marché au seul soumissionnaire ayant participé à la procédure.

Il s'agit là d'un principe général du droit des marchés publics confirmé aussi bien par la jurisprudence nationale (DC 2/2000 p. 59 n° S19, TA ZG, arrêt non publié du 28 décembre 2006) et internationale (Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 16 septembre 1999 en la cause *Metalmeccanica Fracasso SpA et Leitschutz Handels- und Montage GmbH contre Amt des Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, Affaire C-27/98, Recueil de jurisprudence 1999 page I-05697) que par la législation (art. 57 al. 1 let. c de l'ordonnance concernant l'adjudication des marchés publics du canton du Jura, art. 36 al. 2 let. b de la loi neuchâteloise sur les marchés publics, art. 47 al. 1 let. a du règlement genevois sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007). Ce principe est également reconnu par la doctrine (S. SCHERLER, *Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren*, Motive, Voraussetzungen und die Folgen in: Zufferey/Stöckli [éd.], *Marchés publics* 2008, Zurich 2008, p. 288; M. BEYELER, *Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren*, PJA 7/2005, p. 788, H. LANG, *Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen*, ZBL 2000, p. 248; D. ESSEIVA, note ad S19, DC 2/2000, p. 59).

On peut remarquer au passage qu'en cas de procédure sur invitation, tous les législateurs (fédéral, cantonaux, européen) ont prévu qu'une concurrence normale impose l'existence de trois offres valables au moins. Cette exigence souligne encore, si besoin était, l'importance fondamentale de la pluralité des offres dans le fonctionnement des procédures de passation.

Du moment qu'en l'espèce, la procédure de passation du marché n'a donné lieu qu'à une seule offre, l'autorité intimée n'était pas obligée d'adjuger les travaux à la recourante. Un juste motif l'autorisait à interrompre la procédure.

Dans cette perspective, face à une seule offre et à l'absence de concurrence que cette situation implique, il n'est pas nécessaire d'examiner si, en plus, l'offre proposée constitue une offre anormalement haute par rapport au devis établi par le pouvoir adjudicateur. Le fait que, dans son arrêt du 8 mai 2007 (2P.34/2007), le Tribunal fédéral ait examiné

l'existence d'une offre anormalement haute était dû uniquement à la démarche du Tribunal administratif vaudois qui, dans son propre arrêt, avait laissé ouverte la question de savoir si le dépôt d'une seule offre justifiait déjà l'interruption de la procédure (cf. consid. 6.2 de l'arrêt du Tribunal fédéral cité). En l'espèce, même si l'on peut avoir certains doutes quant au calcul de l'offre de la recourante, il est inutile de se déterminer sur l'existence d'une offre anormalement haute. Il suffit de constater que le dépôt d'une seule offre ne permettait pas le jeu de la concurrence voulue par la législation sur les marchés publics, de sorte que l'autorité intimée n'était pas en mesure d'attribuer le marché conformément aux critères prévus (cf. arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, déjà cité, consid. 32).

3. Mal fondé, le recours doit être rejeté.

210.10 une seule offre