



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

602 2019 156

Arrêt du 3 août 2020

II^e Cour administrative

Composition

Président : Christian Pfammatter
Juges : Johannes Frölicher, Yann Hofmann
Greffière-rapporteuse : Vanessa Thalmann

Parties

A. _____ SA, recourante

contre

**DIRECTION DE L'AMÉNAGEMENT, DE L'ENVIRONNEMENT ET
DES CONSTRUCTIONS, autorité intimée,**

B. _____ SA, intimée

Objet

Marchés publics – Mise à disposition du domaine public pour la pose
d'une installation photovoltaïque – Principe de l'intangibilité de l'offre

Recours du 18 décembre 2019 contre la décision du 11 décembre
2019

considérant en fait

A. L'Etat de Fribourg souhaite installer des panneaux photovoltaïques sur les toits des bâtiments de C._____, actuellement en cours d'agrandissement et d'assainissement. A cet effet, il met les toits à la disposition d'une entreprise pour l'implantation d'une installation solaire photovoltaïque, sans procéder à un investissement de sa part. Il s'engage à acheter l'électricité produite à un prix fixe sur une durée de 25 ans, sans indemnité de location de la part du producteur. La centrale photovoltaïque sera dimensionnée de telle sorte que l'énergie produite puisse être consommée directement par le site où elle est installée.

Plusieurs entreprises ont été invitées à répondre à cet appel d'offre.

B. Par décision du 11 décembre 2019, le Service des bâtiments a adjugé, au nom de la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (DAEC), le contrat à l'entreprise B._____ SA. Pour établir le tableau comparatif, le service a adapté le prix offert par la société arrivée en deuxième place, l'entreprise A._____ SA, celle-ci ayant fait une offre en tenant compte d'une durée de contrat de 30 ans au lieu des 25 ans demandés dans les conditions de l'appel d'offre.

C. Agissant les 18 et 20 décembre 2019 en qualité de soumissionnaire écarté, A._____ SA a contesté cette décision devant le Service des bâtiments en demandant son annulation. Le recours a été transmis au Tribunal cantonal comme objet de sa compétence.

A l'appui de son recours, la société fait valoir que le prix de 8.5 ct indiqué dans son offre a été unilatéralement recalculé par le service et augmenté à 10.2 ct, malgré le fait qu'elle a à plusieurs reprises indiqué que le tarif de 8.5 ct valait également pour une durée de 25 ans et sans modification des autres conditions. Dans un second grief, elle soutient que, dans les échanges de mails avec le service, elle a reçu l'information selon laquelle la puissance d'introduction au bâtiment sera adaptée à l'installation solaire. Elle explique que tous ses calculs techniques et financiers, investissement tableau et raccordements électriques notamment sont basés sur cette information. Elle est d'avis que, s'il avait été tenu correctement compte de ces points, son offre aurait été la meilleure.

D. Dans sa détermination du 2 mars 2020, l'adjudicataire estime que la vérification de la capacité maximale du raccordement fait partie intégrante du travail d'élaboration de l'offre de la part du contracteur et que toute offre ne respectant pas les contraintes du projet ne peut pas être considérée comme techniquement faisable et ne doit donc pas entrer en ligne de compte dans le comparatif des offres. Elle indique que, suite aux renseignements obtenus quant à cet aspect, elle a pour sa part élaboré une offre prévoyant une puissance maximale électrique de l'installation solaire de 324 kW, ce qui correspond à la capacité maximale du raccordement existant.

E. Dans ses observations du 2 juin 2020, l'autorité intimée demande le rejet du recours. En ce qui concerne le prix de l'énergie rejetée en particulier, elle souligne que la recourante a proposé après coup une modification de son tarif énergétique, ce qui n'a pas pu être pris en compte, en vertu du principe de l'égalité de traitement avec les autres concurrents. Elle explique que la recourante a déposé une offre portant sur une durée de 30 ans, ce qui justifiait qu'elle réévalue par ses soins le prix indiqué afin de l'adapter à la durée exigée de 25 ans. Elle soutient en outre qu'elle

n'a pas donné de fausses indications en ce qui concerne la capacité du raccordement, mais que, de toute manière, la vérification de celle-ci fait partie intégrante du travail de l'élaboration de l'offre.

en droit

1.

1.1. Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral considère que la mise à disposition d'un droit d'utilisation du domaine public ne relève pas du droit des marchés publics (cf. ATF 135 II 49 consid. 5.1; 125 I 209 consid. 6b; arrêt TF 2C_198/2012 du 16 octobre 2012 consid. 1.2).

Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne puisse exister de liens entre une telle mise à disposition gratuite de l'espace public et les coûts de production finaux de l'électricité provenant des panneaux situés sur les toits de bâtiments publics. En effet, il y a lieu d'éviter qu'on détourne les règles sur les marchés publics si les conditions de l'espèce justifient leur mise en œuvre (cf. ATF 135 II 49 consid. 5.1). Or, contrairement à ce qui est indiqué dans les conditions d'appel d'offre, à la lumière de cette jurisprudence, le contrat d'espèce est soumis à la législation sur les marchés publics, dès lors que les accords à passer avec l'adjudicataire portent non seulement sur la mise en place des panneaux solaires sur le toit d'un bâtiment public, mais également sur l'exploitation de l'installation et le tarif facturé à l'Etat (cf. arrêt TF 2C_134/2013 du 6 juin 2014 consid. 2.6). Dans sa réponse au recours, l'autorité adjudicatrice ne remet du reste pas en doute que le contrat consiste en un marché public.

1.2. Déposé dans le délai et les formes prescrits et l'avance de frais ayant été versée dans le délai imparti, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 2 al. 1 de la loi fribourgeoise du 11 février 1998 sur les marchés publics (RSF 122.91.1).

Du moment que l'offre de la recourante vient en seconde position dans l'appréciation des soumissions, on peut admettre qu'elle a qualité pour agir (ATF 141 II 14 consid. 4). L'admission de ses griefs pourrait théoriquement conduire à une adjudication en sa faveur.

Le Tribunal cantonal peut donc entrer en matière sur les mérites du recours.

1.3. Selon l'art. 16 al. 1 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 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). Le Tribunal cantonal ne revoit pas le grief d'inopportunité (art. 78 al. 2 du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative [CPJA; RSF 150.1] et art. 16 al. 2 AIMP).

2.

Sur le fond, la recourante conteste dans un premier grief l'appréciation de son offre en lien avec le tarif qui a été recalculé par le service.

2.1. Selon le cahier des charges pour une demande d'offre de la fourniture et de la pose de panneaux photovoltaïques sur les toitures des bâtiments de C. _____ et de la salle omnisport à

D. _____, l'Etat s'engage à acheter l'électricité produite sur le toit lui appartenant, à un prix fixe sur une durée de 25 ans, sans indemnité de location de la part du producteur (cf. exposé préliminaire). Le ch. 4 précise que le contrat à conclure est prévu pour une durée de 25 ans aux conditions suivantes:

"Le prix de vente de l'électricité est fixé par kWh d'autoconsommation. Il s'agit d'un prix qui est fixe et invariable pour 25 ans à partir de la date de la mise en service de l'installation. Ce montant sera payé par l'Etat de Fribourg et sera calculé en fonction de la production effective d'énergie produite. Le producteur facturera l'énergie produite tous les mois."

Il est indiqué au ch. 8 que toutes modifications du cahier des charges sont interdites. Les conditions de participation (ch. 10) mentionnent en outre notamment que le délai pour le retour des offres est le 8 avril 2019, que des questions peuvent être posées jusqu'au 5 mars 2018 (recte: 2019), que l'offre doit correspondre à l'art. 3 ("obligations et droits du fournisseur") al. 9 et l'art. 8 ("dispositions particulières") et que l'adjudicateur ne prendra pas en considération l'offre qui ne respecte pas les conditions de participation.

Il est incontesté que l'offre de la recourante, parvenue dans le délai précité, prenait en compte une durée de contrat de 30 ans en lieu et place des 25 ans indiqués dans les conditions d'appel d'offre. Il ressort en revanche d'un courriel du 17 octobre 2019 que la recourante a fait savoir au service qu'elle offrait son prix de 8.5 ct aux mêmes conditions, également pour une durée de contrat de 25 ans. La recourante a ainsi modifié son offre après la date du 8 avril 2019.

2.2. Dans la présente occurrence, on peut se demander – au vu de ce qui vient d'être exposé – si la recourante n'aurait pas pu être écartée du marché en application du ch. 10 de l'appel d'offre, dès lors qu'elle a unilatéralement changé la durée du contrat. Pourtant, les conditions d'appel d'offre interdisent toute modification de celles-ci et prévoient l'exclusion en cas de non-respect.

2.3. En l'espèce, le service a cependant renoncé à exclure la recourante et a procédé unilatéralement à la correction du tarif en augmentant celui-ci en fonction de la durée de 25 ans, avec la conséquence que le tarif augmentait de 8.5 ct à 10.2 ct.

2.3.1. En matière de marché public prévaut le principe de l'intangibilité de l'offre à l'échéance du délai. Cela signifie qu'une offre ne doit en principe s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2). En revanche, les erreurs évidentes de calcul et d'écritures peuvent être corrigées (art. 26 al. 2 du règlement fribourgeois du 28 avril 1998 sur les marchés publics, RMP; RSF 122.91.11) avant qu'un tableau comparatif objectif des offres ne soit établi (art. 26 al. 3 RMP). L'adjudicateur peut par ailleurs demander aux soumissionnaires des explications écrites relatives à leur aptitude et à leur offre (art. 27 RMP), étant précisé que les négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires sur les prix, les remises de prix et les modifications de prestations sont interdites (art. 28 al. 1 RMP). Cette possibilité exprime la tendance actuelle dans la plupart des cantons qui permet de tempérer une application trop formaliste du principe de l'intangibilité des offres selon laquelle il y aurait lieu d'exclure un soumissionnaire dès qu'une offre est incomplète, quelle que soit l'importance du manquement (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2).

La distinction entre ce qui relève de la correction des erreurs et de la clarification des offres (admissible) et ce qui s'assimile à une modification des offres contraire au principe de l'intangibilité peut se révéler délicate (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2; POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 222). Une correction est admissible lorsqu'en dépit du contenu de l'offre, il est évident que celui-

ci ne peut pas correspondre à la réelle volonté du soumissionnaire, laquelle peut être clairement déterminée (cf. Revue valaisanne de jurisprudence RVJ 2019 p. 52; arrêt TF 2P.151/1999 du 30 mai 2000 consid. 3b *in fine*). Il convient de se montrer très prudent dans l'admissibilité d'une 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. 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. L'erreur de calcul qui peut être corrigée 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. Selon la jurisprudence, la notion d'erreur de calcul est applicable aux inadvertances que les parties commettent lors d'opérations arithmétiques. 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 (arrêt du TC FR 602 2008 21 du 5 juin 2008 et les références citées). Dans un arrêt 2P.151/1999, le Tribunal fédéral avait admis une correction d'une erreur de décimale en faveur d'une entreprise qui, en remplissant une position d'un devis, avait mentionné par erreur un prix unitaire de CHF 6'030.- au lieu de CHF 603.-. La modification a entraîné une réduction de prix de l'ordre de 4 millions. Il convient de relever que cette solution a été critiquée par une partie de la doctrine, qui rappelle que le soumissionnaire peut tenter, par ce biais, de modifier son offre afin de l'emporter sur ses concurrents (cf. notamment POLTIER, p. 196).

2.3.2. En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur a pris note que la durée du contrat proposée par la recourante s'écartait de celle requise dans l'appel d'offre. Il a en revanche estimé qu'il était inconcevable de modifier l'offre de la recourante en réduisant la durée du contrat proposée de 30 ans à 25 ans en tenant compte du même tarif.

Cette appréciation ne saurait être critiquée. La durée du contrat d'espèce constitue pour les soumissionnaires un élément clef pour le calcul du tarif qu'ils proposent, dès lors que c'est durant cette période que leurs installations doivent pouvoir être amorties. En effet, les conditions d'appel d'offre prévoient qu'à la fin du contrat, les installations deviennent propriété de l'Etat sans indemnisation (ch. 1 al. 4).

En l'espèce, le courriel de la recourante du 17 octobre 2019 se limite à proposer de facto une simple réduction du prix aux mêmes conditions. Or, une baisse du prix ne constitue manifestement pas une modification qui peut être admise après le dépôt de l'offre. Dans de telles circonstances, il existe un réel risque d'abus, ce qui se heurte au principe de l'intangibilité de l'offre. Force est ainsi de constater que le changement proposé par la recourante dans son courriel du 17 octobre 2019 ne consiste manifestement pas en une simple erreur de calcul ou de plume susceptible d'être corrigée en cours de procédure.

La recourante n'allègue d'ailleurs pas que c'est par une simple inadvertance qu'elle a indiqué dans son offre initiale le chiffre de 30 au lieu de 25 ans. Cela étant, même dans cette hypothèse, le résultat ne serait pas différent, puisqu'il incombe au soumissionnaire de veiller à présenter une

offre exempte d'erreur. La durée du contrat étant une partie essentielle de l'offre qui, de plus, influence directement le tarif proposé, la recourante doit supporter les conséquences d'une inadvertance sur un aspect aussi décisif.

Partant, c'est à juste titre que l'autorité adjudicatrice n'a pas tenu compte du fait que, selon la recourante, son offre était également valable aux mêmes conditions pour une durée de 25 ans.

3.

Dans un second grief, la recourante reproche à l'autorité de ne pas lui avoir fourni des informations correctes quant à la possibilité d'un changement de la capacité du raccordement, ce qui l'aurait induit en erreur dans la formulation de son offre.

La recourante ne détaille pas dans quelle mesure, si elle avait bien compris la réponse du service, son offre aurait été plus avantageuse, de sorte qu'on peut se poser la question de la pertinence de ce grief, respectivement se demander si celui-ci est suffisamment motivé. Or, cette question peut rester en souffrance pour le motif suivant.

Comme l'autorité le souligne, il incombait au soumissionnaire de poser ses questions d'une manière à ce qu'il puisse formuler son offre. Il est intéressant de renvoyer aux explications de l'adjudicataire qui se prononce dans ses observations de la manière suivante:

"Dans les réponses aux questions du 5 mars 2019 le représentant du maître de l'ouvrage (...) ne mentionne pas une augmentation de la puissance d'introduction par rapport à aujourd'hui, mais uniquement une «modification» de l'introduction de courant des bâtiments.

Suite à ce courriel, afin de clarifier cet aspect, nous avons pris contact avec le représentant du maître de l'ouvrage (...) et le chef de projet du bureau d'ingénieur en électricité (...). Les deux nous ont confirmé qu'aucune augmentation de puissance de l'introduction n'était prévue dans le cadre du projet d'assainissement de C._____ et que la centrale solaire aurait dû soit respecter la capacité de raccordement existante, soit prendre en charge les travaux nécessaires à une éventuelle augmentation de la puissance de raccordement.

Dans notre offre nous avons donc prévu une puissance maximale électrique de l'installation solaire de 324 kW, qui correspond à la capacité maximale du raccordement existant. Dans notre courriel du 6 mai nous avons informé le maître de l'ouvrage de cette problématique et du fait que cette situation constituait une contrainte limitant la puissance de l'installation solaire."

Ces explications mettent en lumière que l'installation solaire à implanter devait respecter la capacité maximale du raccordement existant.

Certes, dans les questions du 5 mars 2019, la question "Une modification de l'intro du courant des bâtiments est-elle prévue?" a été posée. Le service y a répondu "oui". Or, non seulement – comme on vient de le voir – la société adjudicataire a été, sur la base des mêmes informations, en mesure de clarifier ce point pour élaborer son offre en fonction d'une telle exigence technique, mais on peut également soutenir que la question posée n'était pas assez précise pour permettre au service de savoir que la recourante s'intéressait en réalité à la capacité maximale d'introduction dans le réseau.

Partant, la recourante doit supporter les conséquences de son erreur et ne saurait se voir attribuer le marché pour ce motif.

On peut certes se demander si l'Etat n'aurait pas un intérêt, afin de promouvoir les énergies renouvelables, à encourager la possibilité de mettre en place des installations d'une puissance plus importante et de pas se contenter – comme indiqué dans sa réponse au recours – de couvrir le besoin en électricité du bâtiment même, mais cela ne fait pas l'objet du présent litige.

4.

4.1. Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours.

4.2. Il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure (art. 131 CPJA).

la Cour arrête :

I. Le recours est rejeté.

Partant, la décision du 11 décembre 2019 est confirmée.

II. Les frais de procédure sont mis par CHF 2'000.- à la charge de la recourante. Ils sont prélevés sur l'avance de frais, le solde de CHF 1'000.- étant restitué à la recourante.

III. Notification.

Pour autant qu'elle pose une question de principe, cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification.

La fixation du montant des frais de procédure peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA).

Fribourg, le 3 août 2020/jfr/vth

Le Président :

La Greffière-rapporteuse :