

La nature juridique de la prolongation de l'offre

L'arrêt commenté ici n'est pas très récent, mais il contient une affirmation digne d'intérêt actuellement, ce qui confirme que la jurisprudence tessinoise en droit des marchés publics est riche et digne d'être consultée par les juristes actifs dans les autres cantons.

Das hier kommentierte Urteil ist nicht gerade neu, behandelt aber eine Frage, die gegenwärtig von Interesse ist, und ist zudem ein schlagender Beleg für die Reichhaltigkeit der Tessiner Rechtsprechung zum öffentlichen Vergaberecht. Juristen und Juristinnen sollten sich diese Rechtsprechung von Zeit zu Zeit zu Gemüte führen, auch wenn sie in anderen Kantonen tätig sind.

Arrêt du Tribunal cantonal administratif tessinois du 2 octobre 2019 (TI TRAM 52.2019.231)

Romina Biaggi-Albrici, avocate*

L'arrêt

Les faits

(264) Le Département du territoire du canton du Tessin a lancé un appel d'offres public non soumis aux traités internationaux pour des travaux d'installations électriques. Le cahier des charges prévoyait que les offres devaient avoir une durée de validité de six mois à partir de la date de leur remise, respectivement que toute prolongation de cette validité devait faire l'objet d'un accord entre les parties.

Pendant la période de validité initiale, le pouvoir adjudicateur n'a pris aucune décision d'adjudication; il a donc demandé aux soumissionnaires s'ils étaient prêts à prolonger leur offre de six mois, tout en indiquant que les modifications de prix seraient reconnues seulement dans les limites de la position 943.100 CAN 102 (variation de prix selon la méthode paramétrique sur la base des indices par catégorie de prestations).

Le soumissionnaire R1 a prolongé son offre tout en majorant son prix en raison des coûts de la main d'œuvre, des matériaux et des fournitures et en précisant que cette majoration n'équivalait pas à une augmentation de prix autorisée par les documents d'appel d'offres. Le pouvoir adjudicateur a fait savoir à R1 qu'il ne pouvait pas accepter la majoration qu'il proposait, car il s'agissait d'une modification de prix et donc d'une nouvelle offre; il a dès lors demandé à R1 de confirmer son offre initiale ou de renoncer à la prolonger. R1 a confirmé la validité de son offre, tout en précisant que la majoration des coûts en faisait partie intégrante.

Le pouvoir adjudicateur a en conséquence exclu de la procédure l'offre de R1 et il a adjugé le marché à CT1. R1 a recouru auprès du Tribunal cantonal contre cette décision d'exclusion et il a conclu simultanément à ce que le marché lui soit adjugé.

En vertu de l'art. 30 al. 2 de la loi tessinoise sur les marchés publics alors en vigueur (LCPubb), les offres sont contraignantes et ne peuvent être retirées pendant les trois mois qui suivent la fin de la procédure d'adjudication respectivement pendant la durée indiquée dans l'appel d'offres¹.

Le Tribunal cantonal se réfère au droit privé des contrats, qui régit le contenu, la validité et les effets d'une offre (art. 3 ss CO): une fois son délai de validité échu, l'offre devient caduque; en conséquence, elle ne peut plus servir de fondement à une décision d'adjudication.

Pour les juges tessinois, une déclaration de prolongation de la validité d'une offre constitue juridiquement une nouvelle offre et non pas «seulement» une prolongation de l'offre de base, dès lors que cette dernière, une fois déposée, ne peut plus être modifiée en vertu du régime qui gouverne les procédures de marchés publics. En cas de prolongation, le soumissionnaire peut donc décider librement soit de confirmer le contenu de son offre de base, soit de présenter une nouvelle offre; celle-ci peut avoir un contenu différent puisque l'offre initiale n'est plus valable. C'est cette seconde offre qui est alors contraignante pour le pouvoir adjudicateur, qui ne peut en aucun cas obliger les soumissionnaires à maintenir leur offre initiale inchangée (cons. 2).

En l'espèce, R1 avait par sa réponse donné son accord de principe au pouvoir adjudicateur pour une extension de son offre. Comme il avait déclaré que l'augmentation des coûts résultant du report du planning des travaux n'entraînait pas dans les limites des augmentations de prix autorisées en vertu du CAN, il reconnaissait que son offre était modifiée, quand bien même elle portait sur la même prestation. Cette modification ne devait pas conduire à l'exclusion de l'offre de R1, dès lors que le pouvoir adjudicateur lui avait reconnu le droit de présenter une seconde offre différente de la première (cons. 3).

Pour ce motif, le recours de R1 a donc été partiellement admis: son exclusion a été annulée et le dossier retourné au Département cantonal avec l'instruction de rendre une nou-

* Je remercie le Prof. Jean-Baptiste Zufferey pour l'aide qu'il m'a apportée dans la mise au point de ce commentaire d'arrêt.

¹ Depuis le 1^{er} janvier 2020, l'art. 30 LCPubb prévoit une durée de validité des offres de six mois et précise que le cahier des charges du marché concerné peut prévoir une durée inférieure.

velle décision d'adjudication en tenant compte de l'offre modifiée de R1.

Le commentaire

La solution que retient le Tribunal cantonal génère au moins trois problèmes juridiques; ils sont spécifiques au droit des marchés publics, nonobstant le fait que la validité d'une offre est une question que régit le droit privé et non pas le droit public. Ces problèmes ont déjà été mis en exergue par d'autres auteurs²; Les remarques qui suivent rejoignent très largement leurs critiques:

1. Selon le principe de l'intangibilité des offres, une offre ne doit s'apprécier que sur la base du dossier remis au plus tard le dernier jour du délai³; certaines exceptions à ce principe existent mais sont très limitées: (1) l'offre peut être corrigée en présence d'erreurs évidentes soit de calculation soit d'écriture (moyennant un procès-verbal de correction); (2) le dossier de l'offre peut être complété des attestations relatives au respect des critères d'aptitude que le pouvoir adjudicateur peut ne demander qu'au futur adjudicataire (art. 39a al. 4 lit. b du règlement d'application de la LCPubb). En vertu du principe de l'égalité de traitement, la correction d'erreurs volontaires dans une offre ne peut intervenir que si elle ne génère pas un désavantage pour les autres soumissionnaires⁴; l'égalité entre les soumissionnaires n'est pas respectée si une offre est modifiée de manière importante et si cette modification influence le classement des offres. En permettant au soumissionnaire de présenter une offre modifiée, le pouvoir adjudicateur joue dangereusement avec les principes

d'intangibilité des offres et d'égalité de traitement dès lors que son procédé peut aisément influencer l'évaluation des offres et le classement des soumissionnaires.

2. Permettre de modifier une offre en cours de procédure se heurte au caractère confidentiel des offres jusqu'à leur ouverture. À l'instar de ce qui vaut dans les autres cantons et pour les marchés fédéraux, la législation tessinoise prévoit que les offres doivent être rendues dans une enveloppe scellée, sous peine d'exclusion (art. 42 al. 1 RLCPubb); plus encore, elle prescrit les formalités à respecter lors de l'ouverture des offres: ouverture publique et simultanée de toutes les enveloppes, en présence du pouvoir adjudicateur et moyennant un procès-verbal qui doit contenir toutes les indications prescrites (art. 31 LCPubb et art. 45 RLCPubb). Autrement dit, le contenu des offres doit rester absolument confidentiel et les enveloppes fermées jusqu'à cette séance d'ouverture. La solution retenue par le Tribunal cantonal revient à permettre le dépôt d'une seconde offre alors que les offres initiales sont ouvertes, déjà examinées et donc connues de nombreuses personnes; celles-ci ont ainsi accès aux bases de calcul qu'utilisent les soumissionnaires au moment où ils formulent leur seconde offre. Cette situation ouvre la porte à de possibles abus de la part des soumissionnaires, qui pourraient être tentés de baisser de manière correspondante le prix de leur seconde offre.

3. Au surplus, permettre aux soumissionnaires de modifier leur offre pose la question de l'obligation pour les adjudicateurs d'interrompre le marché initial et de relancer un appel d'offres lorsque les circonstances initiales se sont modifiées; ils doivent en effet tenir compte de l'éventualité que ces dernières puissent inciter de nouveaux soumissionnaires, absents lors de la première procédure, à déposer une offre.

En résumé, la qualification retenue par le Tribunal cantonal, aussi intéressante soit-elle d'un point de vue intellectuel, génère plus de questions qu'elle n'en résout.

² Cf. M. BEYELER, Wenn der Beschaffungsprozess ins Stocken kommt – Zum vergaberechtlichen Umgang mit Verzögerungen, BR/DC 2017, p. 213 ss (partie 1) et 277 ss (partie 2).

³ Cf. arrêt du TF 2C_418/2014 du 20.8.2014 cons. 4.1.

⁴ Cf. arrêt du TAF B-614/2018 cons. 4.7.3.