Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.250/2001/mks

Arrêt du 9 juillet 2002
IIe Cour de droit public

Les juges fédéraux Wurzburger, président,
Betschart, Müller, Yersin, Merkli,
greffier Dubey.

A._____ SA,
recourante, représentée par Me Christoph J. Joller, avocat, avenue du Tivoli 3, 1701 Fribourg,

contre

B._____,
intimé, représenté par Me Anton Henninger, avocat, Freiburgstrasse 10, 3280 Morat,
Direction des travaux publics du canton de Fribourg,
rue des Chanoines 17, 1700 Fribourg,
Tribunal administratif du canton de Fribourg, IIème Cour administrative, route André-Piller 21, CP, 1762 Givisiez.

décision d'adjudication d'un mandat d'architecte relatif à la construction de bâtiments universitaires

(recours de droit public contre l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Fribourg, IIème Cour administrative, du 26 juillet 2001)

Faits:
A.
Face aux besoins auxquels sont confrontées les Facultés des sciences humaines de l'Université de Fribourg, le Conseil d'Etat du canton de Fribourg (ci-après: le Conseil d'Etat) a entrepris l'agrandissement de l'Université sur le Plateau de Pérolles. Le 29 mai 1996, il a décidé d'organiser "un concours public d'architecture à deux degrés selon SIA 152"; le premier degré était un concours d'idées, le deuxième un concours de projets, chaque degré faisant l'objet d'un règlement-programme. Les auteurs des dix meilleures idées ont été admis aux concours de projets, le lauréat du deuxième degré se voyant confier les travaux de planification pour le plan d'aménagement de détail ainsi que ceux pour le projet de constructions prévues (§ 104 du règlement programme 2e degré).

Le jury du concours a décerné le premier prix au projet X._____ conçu par B._____ de Berne, et a recommandé au maître de l'ouvrage d'attribuer un mandat à l'auteur du projet X._____ pour la poursuite des études en vue de la construction des bâtiments universitaires (cf. Rapport final du jury du 17 décembre 1997). Le jugement du jury a été publié dans la Feuille officielle du 19 décembre 1997. Aucune plainte n'a été adressée contre ce jugement à la Commission des concours de la SIA ou aux autorités judiciaires compétentes.

Le 23 juin 1998, le Conseil d'Etat a attribué à B._____ le mandat d'architecte pour les études détaillées relatives à la construction de bâtiments universitaires sur le Plateau de Pérolles.

A la suite de cela, un contrat fut formellement conclu avec B._____ à cet effet. Ce contrat comportait les prestations de planification du plan d'aménagement de détail ainsi que la préparation des documents de base à l'élaboration du message en vue de la votation populaire comprenant les plans du projet, le descriptif

de construction et le devis estimatif. Cet accord recouvrait le 27% des prestations de l'architecte (le concours représentait 2% de ces prestations).

Le 21 juin 1999, le Conseil d'Etat a adressé au Grand Conseil un message concernant le crédit de construction. Le coût global du projet s'élevait à 113'800'000 fr. dont 49'327'320 fr. à charge du canton. Le Grand Conseil a accepté le crédit le 15 septembre 1999 et le peuple en a fait autant lors de la votation du 14 novembre 1999.

Le 30 novembre 1999, le Conseil d'Etat a nommé la commission de bâtisse pour la construction du bâtiment universitaire. Lors de sa séance du 16 décembre 1999, cette commission a constaté qu'il restait 71% des prestations d'architecte à attribuer. Cette part représentait le dossier des plans d'exécution et de détail, les soumissions, les propositions d'adjudication, la surveillance des travaux, le suivi financier jusqu'au décompte final, la mise à jour des plans, le dossier de la requête de subventions et l'exécution des travaux sous garantie. Sur proposition du Département des bâtiments, la Commission a accepté de confier ces travaux à B._____ sans nouvelle mise au concours, étant entendu qu'une partie des tâches serait sous-traitée aux bureaux C._____ et D._____. Le 20 avril 2000, B._____ a présenté au Département des bâtiments une offre d'honoraires d'architecte pour cette part d'un montant de 6'386'446 fr., TVA comprise. Le 31 octobre 2000, le Conseil d'Etat a attribué le mandat d'architecte pour la réalisation du programme de construction de bâtiments universitaires sur le Plateau de Pérolles à B._____ et publié sa décision dans la Feuille officielle du 29 décembre 2000 en précisant que les bureaux C._____ et
D._____ étaient sous-traitants de B._____.

B.

A._____ SA et deux autres bureaux d'architectes fribourgeois ont contesté la décision publiée le 29 décembre 2000. Par arrêt du 19 avril 2001, le Tribunal administratif du canton de Fribourg (ci-après: le Tribunal administratif) a annulé l'adjudication du mandat d'architecte pour l'intégralité des travaux d'architecture enjoignant à la Direction des travaux publics dans ses considérants de limiter le mandat attribué au lauréat, d'organiser une procédure d'appel d'offre pour les prestations d'architecte liées à l'exécution et de déterminer "où elle entend poser la césure raisonnable, compte tenu des contingences pratiques, entre la planification de détail et l'exécution". Il a constaté que le règlement-programme 2e degré prévoyait d'attribuer au lauréat l'intégralité des travaux de planification (y compris la planification de détail) mais non pas les prestations de pure exécution, comme la direction des travaux.

Donnant suite à cet arrêt, la Direction des travaux publics a adjugé à B._____ le mandat d'architecte pour la planification du programme de construction de bâtiments universitaires sur le Plateau de Pérolles (montant des honoraires, hors taxe: 3'594'000 fr.) par décision du 29 mai 2001. Cette décision a été publiée dans la Feuille officielle du canton de Fribourg du 1er juin 2001. Parallèlement, le Département des bâtiments a publié dans le même numéro de la Feuille officielle un appel d'offres pour l'attribution du mandat d'architecte concernant la direction des travaux du même programme.

C.

Le 11 juin 2001, A._____ SA a déposé deux recours demandant au Tribunal administratif d'une part, d'annuler la décision d'adjudication et d'autre part, de procéder à un nouvel appel d'offres pour l'ensemble du mandat d'architecture en relation avec l'exécution du projet de l'Université de Fribourg. Il exposait que la Direction des travaux publics avait outrepassé les instructions du Tribunal administratif. Il fallait s'en tenir aux règles fixées par la norme SIA 102. L'adjudicataire, lauréat du concours, avait épuisé les droits qui lui revenaient eu égard au règlement-programme 2e degré en exécutant son mandat d'architecte jusque et avec la prestation n°4.2.5 du règlement SIA 102, soit les prestations liées à la phase de l'avant-projet et à la phase du projet, de sorte que l'intégralité de la phase d'exécution au sens des prestations n°4.3.1 à 4.5.3 de la norme SIA 102 devait faire l'objet d'un appel d'offres.

Par arrêt du 26 juillet 2001, joignant les deux causes, le Tribunal administratif a rejeté les recours d'A._____ SA. A l'appui de sa décision, il a considéré que rien ne justifiait de modifier l'interprétation donnée dans l'arrêt du 19 avril 2001 au paragraphe 104 du règlement-programme 2e degré. En isolant la direction des travaux (prestation 4.4.4) des autres prestations que constituaient les dessins provisoires d'exécution, la préparation des appels d'offres, l'analyse des offres, le calendrier de l'exécution, les dessins définitifs, la direction architecturale du projet, la préparation des contrats avec les entrepreneurs et les fournisseurs ainsi que la direction des

travaux de garantie, la Direction des travaux publics était restée dans les limites de son pouvoir d'appréciation.
D.
Agissant par la voie du recours de droit public pour violation de l'art. 9 Cst. et des dispositions légales relatives aux marchés publics, A._____ SA demande au Tribunal fédéral, avec suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt du 26 juillet 2001 du Tribunal administratif du canton de Fribourg.

Le Tribunal administratif conclut au rejet du recours dans la mesure où il est recevable. La Direction des travaux publics conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours. B._____ conclut, également sous suite de frais et dépens, au rejet du recours dans la mesure où il est recevable.
E.
La demande d'effet suspensif d'A._____ SA a été déclarée sans objet par ordonnance du Président de la IIe Cour de droit public du 9 octobre 2001.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 128 II 13 consid. 1a p. 16, 46 consid. 2a p. 47; 127 IV 148 consid. 1a p. 151).
1.1 Le recours de droit public exige en principe un intérêt actuel et pratique à l'annulation de l'arrêt attaqué, respectivement à l'examen des griefs soulevés, qui fait généralement défaut lorsque l'acte de l'autorité a été exécuté ou est devenu sans objet (ATF 127 III 41 consid. 2b p. 42). Tel n'est pas le cas en matière de marchés publics, même si le contrat est déjà conclu avec l'adjudicataire, voire déjà exécuté, puisque l'adjudicateur, en l'espèce, le canton de Fribourg, engagé par ses organes, soit le Conseil d'Etat, par sa Direction des travaux publics, est responsable des dommages qu'il a causés par une décision dont l'illicéité a été constatée par l'instance de recours (art. 3a de la loi fribourgeoise du 11 février 1998 sur les marchés publics [LcMP, RSF 122.91.1]; cf. ATF 125 II 86 consid. 5 p. 97 s., arrêt du Tribunal fédéral 2P.246/2001 du 31 janvier 2002). La recourante possède donc un intérêt actuel et pratique à l'annulation de l'arrêt litigieux qui pourrait fonder une action en responsabilité contre le canton de Fribourg.
1.2 Au surplus, déposé en temps utile contre un arrêt pris en dernière instance cantonale (cf. art. 2 al. 1 LcMP), qui ne peut être attaqué que par la voie du recours de droit public, le présent recours est recevable au regard des art. 84 ss OJ (cf. ATF 125 II 86 consid. 2 à 6 p. 92 ss).
2.
Invoquant l'art. 9 Cst., la recourante soutient que l'arrêt litigieux a mal appliqué les dispositions de la législation sur les marchés publics, violant ainsi l'interdiction de l'arbitraire.
2.1 Une décision est arbitraire, selon la jurisprudence portant sur l'art. 9 Cst., lorsqu'elle viole gravement une règle de droit ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution que celle retenue par l'autorité cantonale pourrait entrer en considération, voire serait préférable. Le Tribunal fédéral n'invalide la solution retenue par l'autorité inférieure que si elle apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation de fait ou adoptée sans motifs objectifs. En outre, il ne suffit pas que la motivation de la décision attaquée soit arbitraire; il faut encore que celle-ci apparaisse insoutenable dans son résultat (ATF 127 I 60 consid. 5a p. 70; 126 I 168 consid. 3a p. 170).
2.2 En application de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur, entrée en vigueur respectivement le 1er juillet 1996 et le 1er juillet 1998 (LMI; RS 943.02) et de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMPu; RS 172.056.4), entré en vigueur pour le canton de Fribourg le 21 mai 1996, applicables au marché litigieux adjugé par le canton, dont la valeur est supérieure au seuil prévu par l'art. 7 AIMPu, le canton du Fribourg a promulgué la loi du 11 février 1998 sur les marchés publics (LcMP, entrée en vigueur le 1er juillet 1998) et le règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RcMP). Dans sa teneur selon l'accord intercantonal du 15 mars 2001, l'art. 12 al. 3 AIMPu prévoit que les concours d'études ou les concours portant sur les études et la réalisation doivent respecter les principes de l'accord intercantonal. Pour le surplus, l'organisateur peut se référer aux règles établies par les organisations professionnelles concernées, dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux principes de l'accord intercantonal. L'art. 48 RcMP prévoit que la construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art fait en principe l'objet d'un concours (al. 1). Les règlements des concours

d'architecture et de génie civil établis par la Société suisse des ingénieurs et des architectes sont en principe applicables (art. 48 al. 4 RcMP).
A cet égard, bien que les dispositions de l'art. 12 al. 3 AIMPu n'aient pas encore été applicables au cas d'espèce, le paragraphe 104 du règlement-programme 2e degré précisait déjà que le concours à deux degrés était régi par les dispositions du règlement SIA 152 (édition 1993).
2.3 Le règlement des concours d'architecture de la Société suisse des ingénieurs et des architectes (ci-après: le règlement SIA n°152; édition 1993, actuellement abrogé par le règlement SIA 142, édition 1998) prévoit toutes les phases du déroulement d'un concours d'architecture. Il définit les droits et obligations réciproques des parties (art. 3 du règlement SIA 152). Ainsi, au chapitre de la procédure après la fin du concours, il dispose que la décision relative à l'attribution du mandat pour la poursuite de l'étude et de l'exécution de l'ouvrage appartient au maître de l'ouvrage. En principe, ce dernier attribue le mandat à l'auteur du projet proposé par le jury, sur la base du règlement SIA n°102 concernant les prestations et honoraires des architectes, y compris les prestations de la phase d'avant-projet (art. 53.1 du règlement SIA 152).

Le règlement concernant les prestations et honoraires des architectes de la Société suisse des ingénieurs et des architectes (ci-après: le règlement SIA n°102; édition 1984) décrit les droits et les devoirs des parties contractant des mandats d'architecte (art. 1.1.1 du règlement SIA 102), pour autant qu'elles soient convenues de l'appliquer (art.1.2.1, 2e tiret du règlement SIA 102). Il contient un tableau répartissant la prestation totale en phases et en prestations partielles (art. 3.6 du règlement SIA 102), qui sont décrites en détail par l'art. 4, dans l'ordre habituel de leur succession (art. 3.1.1 du règlement SIA 102). Ainsi, après la phase de l'avant-projet, celle du projet et la phase préparatoire de l'exécution se trouve celle de l'exécution qui comprend les contrats avec les entrepreneurs et les fournisseurs, les dessins définitifs d'exécution, la direction architecturale ainsi que la direction des travaux. En dernier lieu, est décrite la phase finale (art. 4 du règlement SIA 102).

S'agissant de l'attribution du mandat après le concours, le paragraphe 104 du règlement-programme 2e degré prévoyait de confier au lauréat du deuxième degré les travaux de planification pour le plan d'aménagement de détail ainsi que ceux pour le projet des constructions prévues.
3.
3.1 La recourante reproche en premier lieu au Tribunal administratif de s'être écarté du bon sens en considérant que le § 104 du règlement-programme 2e degré exclut d'adjuger au lauréat du concours uniquement les prestations de pure exécution du projet.

Dans l'arrêt litigieux, le Tribunal administratif a considéré à juste titre que le règlement SIA 102 n'est pas de droit impératif. Il ne s'impose en effet au maître de l'ouvrage dans l'attribution du mandat d'architecte au lauréat du concours que si le programme du concours le prévoit expressément. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Le § 104 du règlement-programme 2e degré précisant l'intention du maître de l'ouvrage quant à l'attribution du mandat d'architecte, il y a lieu de s'y tenir. Dans son arrêt du 19 avril 2001, s'arrêtant au sens grammatical sans ambiguïté de cet article, le Tribunal administratif a jugé que le maître de l'ouvrage avait exclu du mandat les prestations d'exécution pour n'englober que les prestations de planification, la répartition des prestations entre la planification de détail et l'exécution revenant au maître de l'ouvrage. Cette manière de voir échappe au grief d'arbitraire. La recourante ne démontre d'ailleurs pas en quoi cette interprétation serait arbitraire. Elle se borne à proposer une autre interprétation du § 104 du règlement-programme 2e degré, qui devrait, selon elle, s'inspirer du règlement SIA 102. Ce faisant, elle perd de vue que l'attribution des phases voire des prestations partielles à
plusieurs soumissionnaires - selon un ordre qui peut différer de celui qui est établi dans le règlement SIA 102 - dépend de la volonté exprimée par le maître de l'ouvrage dans le programme du concours, faute de quoi l'art. 31 RcMP, selon lequel l'adjudicateur ne peut partager le marché et l'attribuer à plusieurs soumissionnaires sans leur agrément que si et dans la mesure où il l'a spécifié dans les documents d'appel d'offre, serait violé.

Par conséquent, le Tribunal administratif était parfaitement fondé à renvoyer la recourante sur ce point à l'arrêt du 19 avril 2001 et à se borner à examiner si la Direction des travaux publics avait violé son pouvoir d'appréciation dans l'exécution des instructions formulées dans ledit arrêt.
3.2 La recourante reproche ensuite au Tribunal administratif d'être tombé dans l'arbitraire en s'écartant indû-

ment du sens communément attribué aux notions de projet et d'exécution. L'art. 4 du règlement SIA 102, en tant que reflet du sens commun, aurait dû être appliqué et l'intégralité de la phase d'exécution faire l'objet d'un nouvel appel d'offre.

Dans l'arrêt litigieux, le Tribunal administratif a d'abord constaté à bon droit que la séparation opérée par la Direction des travaux publics reposait sur une motivation échappant en elle-même au grief d'arbitraire. En effet, explicitant devant le Tribunal administratif la manière dont elle a procédé à la répartition des prestations entre planification et exécution, la Direction des travaux publics a dûment exposé les motifs pour lesquels elle avait isolé la direction des travaux des autres prestations dite de planification. Au nombre de ces motifs figuraient principalement le souci de concordance entre les plans d'exécution, les plans de détail, les soumissions pour les travaux, les appels d'offres, l'analyse des offres et la conclusion des contrats avec les entrepreneurs, le souci également d'éviter de dénaturer l'oeuvre en attribuant à l'auteur la direction architecturale ainsi que de donner les moyens à l'architecte d'assumer la responsabilité financière du projet en lui attribuant le décompte final.
S'attachant ensuite à examiner si ces choix conduisaient concrètement à un résultat contraire au bon sens, le Tribunal administratif a constaté que la Direction des travaux publics avait respecté les règles qui figuraient dans le règlement-programme 2e degré, de sorte qu'elle avait non seulement appliqué les injonctions contenues dans l'arrêt du 19 avril 2001 mais aussi choisi une solution pratique et utilisable. Cette manière de voir échappe à la critique. En arguant que la répartition effectuée par la Direction des travaux publics et confirmée par le Tribunal administratif est insoutenable, que les motifs à l'appui de cette solution sont incompréhensibles et qu'ils s'écartent de ce qui est usuel en la matière, la recourante ne démontre pas en quoi le Tribunal administratif, en tant qu'autorité de recours devant respecter la grande liberté d'appréciation du maître de l'ouvrage - dans les limites certes des règles établies par le programme du concours -, serait tombé dans l'arbitraire. Elle se borne à substituer son appréciation à celle de la Direction des travaux publics et du Tribunal administratif sur cette question. Il importe peu dès lors, comme le souligne en vain la recourante, que le règlement SIA 102 décrive les
prestations ordinaires du mandat d'architecte dans l'ordre habituel de leur succession, que des adjudications de travaux, d'ailleurs expliquées par la Direction des travaux publics, aient déjà eu lieu en 2000, ou encore que, dans d'autres chantiers, il était usuel de procéder selon les vues de la recourante.
3.3 Par conséquent, en constatant que la Direction des travaux publics a respecté les règles qui figuraient dans le règlement-programme du 14 juillet 1997 et en confirmant l'attribution des prestations effectuée par cette dernière, le Tribunal administratif n'est pas tombé dans l'arbitraire et n'a pas non plus violé les dispositions légales en matière de marchés publics.
4.
Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours de droit public.

Succombant, la recourante doit supporter les frais judiciaires (art. 156 al. 1, 153 et 153a OJ) et n'a pas droit à des dépens (art. 159 al. 1 OJ). Elle versera en outre une indemnité de dépens à B._____ qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un avocat (art. 159 OJ). Le canton de Fribourg n'a pas droit à des dépens (art. 159 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est rejeté.
2.
Un émolument judiciaire de 8'000 fr. est mis à la charge de la recourante.
3.
A._____ SA versera à B._____ une indemnité de 6'000 fr. à titre de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux parties, à la Direction des travaux publics et au Tribunal administratif du canton de Fribourg, IIème Cour administrative.
Lausanne, le 9 juillet 2002
Au nom de la IIe Cour de droit public

du Tribunal fédéral suisse

Le président: Le greffier: