

## **VD\_OMNI MPU.2012.0002 vom 15. Mai 2012**

VD Tribunal cantonal, 2012-05-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2012.0002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2012.0002)

FR: VD\_OMNI MPU.2012.0002 du 15 mai 2012

IT: VD\_OMNI MPU.2012.0002 del 15 maggio 2012

### **Regeste**

X. \_\_\_\_\_ SA/Municipalité du Mont-sur-Lausanne, Y. \_\_\_\_\_ société coopérative |  
Faute de décimale commise par la recourante, dans sa liste de prix, dans l'indication du prix unitaire de bases wifi. Ce prix se distinguait nettement de celui de l'adjudicataire et cette différence n'a pas échappé à l'adjudicateur, qui ne pouvait ignorer que la recourante s'était trompée en établissant son offre. L'arrêt rendu le 5 juin 2008 par le Tribunal cantonal du canton de Fribourg (DC 4/2009 (S77) p.183) et cité par l'adjudicateur n'est pas relevant. La jurisprudence rendue par le Tribunal cantonal du canton de Fribourg ne lie pas le Tribunal cantonal du canton de Vaud et on ne voit pas comment l'adjudicateur pourrait opposer à la recourante une faute de décimale commise dans l'indication du prix unitaire des bases wifi, au motif qu'il s'agit là d'une erreur de transcription, alors que lui-même a tenu ce prix, produit d'une inadvertence manifeste de la part de la recourante, comme disproportionné. Conformément à l'art. 33 al. 2 RLMP-VD, l'adjudicateur aurait dû corriger le prix unitaire en question. Recours admis.

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

a) La matière est régie par l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (AIMP; RSV 726.91), ainsi que par la loi cantonale sur les marchés publics, du 24 juin 1996 (LMP-VD; RSV 726.01) et le règlement y relatif, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; RSV 726.01.1). b) En matière de marchés publics, le Tribunal contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts MPU.2011.0014 du 7 septembre 2011, consid. 2a; MPU.2011.0009 du 25 juillet 2011, consid. 1b; MPU.2011.0001 du 27 juin 2011, consid. 3, et les arrêts cités). Pour le surplus, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, notamment pour ce qui a trait à l'évaluation des offres (arrêts précités MPU.2011.0014, consid. 2a, MPU.2011.0009, consid. 1b, et MPU.2011.0001, consid. 3, et les arrêts cités). Ce pouvoir n'est limité que par l'interdiction de l'arbitraire; c'est seulement s'il est confronté à un abus ou à un excès de ce pouvoir d'appréciation réservé à l'adjudicateur, partant à une violation grossière du texte de loi et de sa réglementation d'application, que le Tribunal intervient (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts précités MPU.2011.0014, consid. 2a, MPU.2011.0009, consid. 1b, et MPU.2011.0001, consid. 3, et les arrêts cités).

#### **E. 3**

La recourante fait valoir à titre préliminaire une éventuelle violation des exigences de motivation de la décision (art. 42 al. 2 RLMP-VD) et de transparence (art. 6 let. h LMP-VD), partant de son droit d'être entendue. Elle relève en effet que la grille d'évaluation des offres jointe à la décision pour tenir lieu de motivation de celle-ci n'est ni datée ni

signée, si bien qu'il est impossible de savoir s'il s'agit d'un texte définitif ou d'un projet. S'il s'agit d'un projet, la décision ne serait pas motivée. a) Les parties ont le droit d'être entendues (art. 29 al. 2 Cst., 17 al. 2 Cst/VD, 33ss de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD, RSV 173.36). Il découle du droit d'être entendu que l'autorité doit indiquer dans son prononcé les motifs qui la conduisent à sa décision (cf. art. 42 let. c LPA-VD; ATF 136 II 266 consid. 3.2 p. 270; 133 I 270 consid. 3.1 p. 277; 129 I 232 consid. 3.2 p. 236). Elle n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties; elle n'est pas davantage astreinte à statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient (ATF 137 II 266 consid. 3.2 p. 270; 136 I 184 consid. 2.2.1 p. 188, 229 consid. 5.2 p. 236, et les arrêts cités). Dans le domaine des marchés publics, l'art. 42 RLMP-VD rappelle que les décisions de l'adjudicateur sont sommairement motivées et indiquent la voie de recours (al. 2); l'al. 3 de cette disposition précise que, sur requête, l'adjudicateur indique au soumissionnaire évincé les motifs essentiels pour lesquels son offre n'a pas été retenue (let. a) ainsi que les caractéristiques et avantages de celle adjugée (let. b). b) La recourante ne dit pas avoir demandé à l'adjudicateur des précisions à propos de la grille d'évaluation des offres, jointe à la décision, alors que rien ne l'empêchait de le faire. Le dossier ne contient aucun document comprenant la motivation des notes attribuées aux différents soumissionnaires. B. \_\_\_\_\_ a précisé, lors de l'audience du 27 avril 2012, qu'il n'y avait pas eu de procès-verbal de la réunion de la commission de construction du 12 décembre 2011 et que tout s'était fait par courrier électronique. Au regard des exigences minimales de l'art. 42 RLMP-VD, la communication de la grille d'évaluation à la recourante lui a suffi pour saisir les motifs de la décision attaquée. De toute manière, une éventuelle violation du droit d'être entendu, sous cet aspect, aurait été guérie dans la procédure de recours (cf. ATF 130 II 530 consid. 7.3 p. 562; 127 V 431 consid. 3d/aa pp. 437s.; 126 V 130 consid. 2b pp. 131s., et les arrêts cités). Que ce soit dans le cadre de l'échange d'écritures, complété par le dépôt de déterminations finales, ou lors de l'audience du 27 avril 2012, au cours de laquelle le contenu de l'offre de l'adjudicataire a été résumé à la recourante, celle-ci a eu l'occasion de prendre connaissance des motifs essentiels qui ont conduit l'adjudicateur à décider comme il l'a fait. Le grief de violation des exigences de motivation de la décision et de transparence, partant du droit d'être entendu, doit ainsi être écarté.

#### **E. 4**

La recourante conteste la note qui lui a été attribuée pour le sous-critère n° 2.2 (qualification des personnes-clés désignées pour l'exécution du marché) ainsi que la différence entre cette note et celle donnée à l'adjudicataire. Elle a obtenu la note 2, correspondant à 17 points, compte tenu de la pondération retenue, et l'adjudicataire, la note 5, soit 42.5 points.

L'adjudicateur a précisé dans sa réponse au recours que, concernant l'appréciation de ce sous-critère chez la recourante, la commission de construction avait longuement hésité entre la solution retenue, à savoir le retranchement de trois points, et l'exclusion pure et simple.

a) Les indications que fournit le soumissionnaire dans son offre doivent être correctes, complètes et conformes aux exigences de l'adjudicateur, telles qu'elles ressortent de l'appel d'offres et des documents annexés, de manière à ce que la décision d'adjudication puisse être prise en connaissance de cause, dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement (ATF 2P.130/2005 du 21 novembre 2005, consid. 7; 2P.164/2002 du 27 novembre 2002; 2P.322/2001 du 11 septembre 2002; ATAF 2007/13 consid. 3.1; arrêts

MPU.2011.0009 du 25 juillet 2011, consid. 3a; MPU.2010.0025 du 4 mars 2011, consid. 4a; MPU.2009.0012 du 23 septembre 2009, consid. 2, et les arrêts cités). L'adjudicateur peut notamment exclure l'offre qui ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude exigés (art. 32, premier tiret, let. a RLMP-VD), n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours ou incomplètement remplie ou modifiée (art. 32, deuxième tiret, let. a RLMP-VD). L'exclusion peut intervenir d'emblée, après la constatation du défaut rédhibitoire entachant l'offre, ou après l'évaluation (décision de l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, du 15 juin 2006, reproduite in: JAAC 70.80, consid. 4; cf. également ATF 2P.225/2005 du 27 avril 2006, relaté in: DC 2006 p. 187 S112), voire même par substitution de motifs, jusques et y compris dans le cours de la procédure de recours (arrêts MPU.2011.0009 précité, consid. 3b; MPU.2010.0025, précité, consid. 4a; GE.2006.0226 du 20 février 2007, consid. 2b; GE.2003.0111 du 20 février 2004, consid. 1a, et les références citées). b) Lors de l'audience du 27 avril 2012, l'adjudicateur a indiqué avoir envisagé d'exclure la recourante. Il y a toutefois renoncé, ce dont il convient de prendre acte.

### **E. 5**

a) Tant l'appel d'offres que l'adjudication sont attaquables, dans un délai de dix jours (art.

### **E. 10**

al. 1 let. a et d LMP-VD). Les critères énoncés dans l'appel d'offres font partie intégrante de celui-ci, si bien que les éventuels vices les affectant doivent être contestés à ce stade déjà, à peine de forclusion (ATF 125 I 203; 2C\_107/2007 du 22 janvier 2008). Il convient toutefois de déroger à cette règle lorsque les documents de l'appel d'offres ne peuvent être retirés auprès de l'adjudicateur qu'après l'expiration du délai disponible pour attaquer l'appel d'offres; en pareille hypothèse, ce qui se rapporte aux documents de l'appel d'offres peut encore être contesté au stade de l'adjudication (ATF 129 I 313 consid. 6.2 p. 321/322; cf. les décisions de l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du

### **E. 15**

juin 2006, JAAC 70.80, consid. 2c, et du 30 mai 2005, relatée in: DC 2005 p. 171 S33, avec une note critique de Denis Esseiva). Lorsque le cahier des charges ou les annexes à l'appel d'offres ont été téléchargés sur le site simap.ch quelques jours après la publication de l'appel d'offres, les éléments contenus dans ces documents doivent être contestés dans le délai de recours ouvert contre l'appel d'offres (arrêts MPU.2011.0014 du 7 septembre 2011, consid. 1a; MPU.2011.0009 du 25 juillet 2011, consid. 2; MPU.2011.0001 du 27 juin 2011, et les arrêts cités). En l'occurrence, la recourante a, selon les informations fournies par l'adjudicateur qu'elle n'a pas contestées, téléchargé le dossier d'appel d'offres le 5 août 2011. Tous les griefs qu'elle aurait eu à faire valoir contre celui-ci devaient l'être dans le même délai, de dix jours, qui a commencé à courir le 30 juillet 2011, pour expirer le 8 août suivant. b) S'agissant du critère n° 1, la recourante s'est insurgée contre le fait que l'offre de l'adjudicataire, pourtant d'un montant de 50'000 fr. supérieur à la sienne, ait reçu la note de 4.11, soit seulement 0.89 point de moins que la sienne. Si elle n'a pas critiqué la pondération de 50% attribuée au prix, elle a soulevé la question de savoir si la méthode de notation était admissible. Lors de l'audience du 27 avril 2012, la recourante a renoncé à ce moyen. c) La publication de l'appel d'offres contient notamment la méthode d'évaluation du critère prix et les autres critères d'adjudication par ordre d'importance ainsi que leur pondération, dans les

cas où ils ne figurent pas dans les documents d'appel d'offres (art. 13 al. 1 let. c RLMP-VD). Le tableau définissant les critères d'adjudication renvoie, pour le critère n° 1 (prix), à la référence R1 du Guide romand pour les marchés publics (ci-après: le Guide romand). Il résulte de ce renvoi qu'il était possible à l'adjudicateur d'utiliser soit la méthode de notation au carré (annexe T2 du Guide romand), soit la méthode de notation au cube (annexe T3 du Guide romand), que l'autorité intimée indique, dans sa réponse au recours, avoir choisie. La recourante savait dès lors, en se fondant sur le dossier d'appel d'offre qu'elle avait téléchargé le 5 août 2011, que le prix de son offre serait évalué en référence à l'une ou l'autre de ces méthodes. Or, elle n'a pas recouru contre ce point de l'appel d'offres ni posé de questions à ce sujet. A cela s'ajoute que la méthode de notation au cube est plus favorable à la recourante que celle au carré, puisque, dans l'hypothèse où l'autorité intimée avait utilisé cette dernière, l'adjudicataire aurait obtenu une note de 4.4, et non pas de 4.11. 6. La recourante se prévaut également, au sujet du critère du prix, du fait que son offre comporterait une erreur de plume. Elle relève avoir offert les bases wifi pour un montant total de 23'694 fr., calculé à raison de 20 pièces au prix unitaire de 1'184 fr. 70 (rubrique n° 599:111.146 de la liste de prix). La recourante affirme s'être trompée d'une décimale: le prix unitaire de ce type de base wifi serait en effet de 118 fr. 47, et non pas de 1'184 fr. 70. Elle estime que cette erreur, qui portait sur un montant de l'ordre de 20'000 fr., aurait dû être rectifiée par l'adjudicateur en application de l'art. 33 al. 2 RLMP-VD. a) Conformément à l'art. 29 al. 1, première phrase, RLMP-VD, l'offre doit être écrite et parvenir complète sous pli fermé avec mention de l'objet et du nom du soumissionnaire dans le délai imparti au lieu indiqué dans l'appel d'offres. L'offre ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai (art. 29 al. 3 RLMP-VD). L'offre constitue en effet l'expression ferme, précise et définitive de la volonté du soumissionnaire qui ne nécessite plus que l'acceptation du pouvoir adjudicateur pour que le contrat soit formé ; elle a donc force obligatoire (v. Maurice Flamme et alii, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, Tome 1A, 6ème édition, Bruxelles 1997, p. 948). Dès lors, l'appréciation des offres s'effectue en principe sur la base des projets, tels qu'ils ont été déposés ; il est cependant admissible qu'entre l'ouverture des offres et l'adjudication, un soumissionnaire donne des éclaircissements quant à son offre, à condition toutefois que celle-ci n'en soit pas modifiée (v. Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 238, réf. citée). Il est interdit à l'adjudicateur de modifier l'offre qui lui est soumise (arrêts MPU.2011.0001 du 27 juin 2011, consid. 11a; GE.2010.0210 du 30 mars 2007, consid. 6b/bb; GE.2003.0038 du 4 juillet 2003). L'adjudicateur corrige toutefois les fautes évidentes de calcul et d'écriture (art. 33 al. 2 RLMP-VD; arrêts MPU.2011.0001 du 27 juin 2011, consid. 11a; MPU.2009.0020 du 15 juin 2010, relaté in: DC 4/2010 p. 224, S80; ATF 2P.242/2006 du 16 mars 2007, relaté in: DC 4/2007 p. 205/206, S59), notamment après avoir demandé des explications au soumissionnaire (arrêts MPU.2009.0020 du 15 juin 2010, relaté in: DC 4/2010 p. 224, S80; DC 4/2010 p. 224/225, S81). b) La rubrique n° 599:111.146, relative à la fourniture d'une base wifi type Apple AirPort Extreme, indique un prix unitaire de 1'184 fr. 70 pour 20 pièces, soit un montant total de 23'694 fr. Par message électronique du 7 novembre 2011, le mandataire de l'adjudicateur a demandé à la recourante de lui confirmer ce prix. La recourante l'a fait par message électronique du 11 novembre 2011, tout en précisant être prête, en cas d'adjudication, à rediscuter ce prix avec le pouvoir adjudicateur. Sur le procès-verbal de la séance de préadjudication du 29 novembre 2011 figure la mention « attention prix déposé pour les antennes WIFI trop haut ». Lors de l'audience du 27 avril 2012, Z. \_\_\_\_\_ a expliqué avoir eu un entretien

téléphonique avec le mandataire de l'adjudicateur, avant d'envoyer son message électronique du 11 novembre 2011. Il avait, au cours de cet entretien, expliqué que le montant indiqué pour la rubrique 599:111.146 était dix fois trop élevé, car, à la suite d'une erreur de décimale commise au moment de remplir la liste de prix, il avait indiqué un prix unitaire de 1'184,70 fr., au lieu de 118,47 fr. Partant du principe que l'adjudicateur ne pouvait modifier le prix de son offre, il avait toutefois attiré l'attention du mandataire de l'adjudicateur, lors de la séance du 29 novembre 2011, sur le fait que si son offre était retenue, la recourante rabattrait son prix, pour un montant équivalant à la différence entre le montant indiqué à la rubrique 599:111.146, et le montant effectif. Le prix unitaire des bases wifi figurant dans l'offre de la recourante se distingue nettement de celui de l'adjudicataire. Pour la même rubrique, celle-ci a en effet indiqué, pour vingt pièces, un prix unitaire de 188 fr. 50 et un montant total de 3'770 fr., soit un montant inférieur de près de 20'000 fr. Une telle différence n'a d'ailleurs pas échappé à l'adjudicateur, et plus particulièrement à la commission chargée d'évaluer les offres. L'autorité intimée a ainsi vu le problème et des discussions ont eu lieu entre elle-même et la recourante sur ce point. L'adjudicateur ne pouvait ignorer que la recourante s'était trompée en établissant son offre. Il lui a d'ailleurs spontanément demandé des explications à ce sujet. Dans ses déterminations finales, l'adjudicateur soutient que l'on ne se trouverait pas en présence d'une erreur de plume, au sens que l'on doit donner à cette notion en droit des marchés publics. L'adjudicateur se réfère à un arrêt rendu le 5 juin 2008 par le Tribunal cantonal du canton de Fribourg (reproduit in: DC 4/2009 (S77) p. 183). Dans cette affaire, le Tribunal cantonal du canton de Fribourg a distingué entre l'erreur de plume et l'erreur de transcription. La première, corrigible, est celle qui se produit lors d'une opération arithmétique, alors que la seconde, incorrigible, se rapporte à l'expression de l'élaboration de l'offre. L'adjudicateur en déduit que l'erreur consistant à indiquer, dans la liste de prix, un montant manifestement faux à la suite d'une erreur de décimale, constituerait une erreur de transcription au sens de l'arrêt dont il se prévaut. Cet avis ne peut pas être partagé, pour deux raisons au moins. Premièrement, la jurisprudence rendue par le Tribunal cantonal du canton de Fribourg, pour tout estimable qu'elle soit, ne lie pas le Tribunal cantonal du canton de Vaud. Deuxièmement, on ne voit pas comment l'adjudicateur pourrait opposer à la recourante une faute de décimale commise dans l'indication du prix unitaire des bases wifi, au motif qu'il s'agit là d'une erreur de transcription, alors que lui-même a tenu ce prix, produit d'une inadvertance manifeste de la part de la recourante, comme disproportionné. Le principe de l'intangibilité de l'offre, qui vise à protéger les soumissionnaires concurrents de toute manipulation des offres, trouve ici sa limite. L'adjudicateur ne saurait maintenir un montant qui est la conséquence d'une erreur manifeste de la part du soumissionnaire, au détriment des intérêts de celui-ci, et de son intérêt propre à obtenir la prestation au meilleur prix. L'adjudicateur aurait dû, conformément à l'art. 33 al. 2 RLMP-VD, corriger le prix unitaire figurant à la rubrique n° 599:111.146 de l'offre de la recourante. c) Celle-ci a expliqué, lors de l'audience du 27 avril 2012, que le prix de 118 fr. 47 constituait un chiffre brut, sans la marge. Dès lors qu'elle n'a pas indiqué quel était le prix unitaire net des bases wifi en cause, il se justifie de lui appliquer la solution la plus défavorable, soit de tenir compte d'un prix unitaire net identique à celui de l'adjudicataire. Il s'ensuit que, pour la rubrique n° 599:111.146 de l'offre de la recourante, c'est un prix unitaire de 188 fr. 50, soit, pour vingt pièces, un montant total de 3'770 fr., dont il convient de tenir compte. d) La rubrique n° 599:111.146 de l'offre de la recourante doit être modifiée de la manière suivante :

A23516	Terminaux pour câblage universel	Quantité Un	Prix unitaire	Montant
--------	----------------------------------	-------------	---------------	---------

599:111.146 Fourniture d'une base wifi 20.00 p 188.50 3'770.00 type  
 Apple AirPort Extreme Le prix que doit recouvrir cette rubrique est donc inférieur de  
 19'924 fr. (23'694 fr. – 3770 fr.) à celui qui figurait dans l'offre de la recourante. Il s'ensuit  
 que le prix de l'offre de la recourante doit être fixé de la manière suivante : TOTAL BRUT  
 718'488.15 Rabais -2.00% 718'488.15 - 14'369.75  
 Escompte à 30 jours -3.00% 704'118.40 - 21'123.55 Pro rata et  
 assurance -1.50% 682'994.85 - 10'244.90 TVA 8.00%  
 672'749.95 53'820.00 TOTAL NET 726'569.95

L'utilisation de la méthode de notation au cube conduit à attribuer à l'adjudicataire, au vu du nouveau prix de l'offre de la recourante, une note de 3.79, soit 189.5 points, et non plus 205.5, voire 206 points, pour le critère du prix. L'adjudicataire comptabilise dès lors un total de 439.5 (189.5 + 85 + 40 + 60 + 65) points. Avec 452 points, l'offre de la recourante dépasse ce résultat et c'est à elle que doit être attribué le marché. Dès lors que le recours doit être admis sur la base du critère du prix, il est superflu d'examiner plus avant les autres griefs de la recourante. 7. Le recours doit ainsi être admis et la décision d'adjudication réformée en ce sens que les travaux d'électricité (lot n° 9) relatifs à la deuxième étape de l'extension du centre scolaire « Au Mottier » au Mont-sur-Lausanne sont adjugés à la recourante. Compte tenu du fait que le recours doit être admis parce que l'adjudicateur aurait dû rectifier une erreur de plume manifeste commise par la recourante, il se justifie de mettre à la charge de celle-ci les frais, dont le montant sera toutefois réduit (art. 49 al. 2 LPA-VD). Les dépens auxquels la recourante a droit puisqu'elle obtient gain de cause, seront mis à la charge de la Municipalité et de l'adjudicataire, pour moitié chacune; leur montant sera également réduit (art. 55 LPA-VD).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.