

# VD\_OMNI MPU.2013.0027 vom 4. Februar 2014

VD Tribunal cantonal, 2014-02-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2013.0027](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2013.0027)

FR: VD\_OMNI MPU.2013.0027 du 4 février 2014

IT: VD\_OMNI MPU.2013.0027 del 4 febbraio 2014

## Regeste

X. \_\_\_\_\_ SA/Y. \_\_\_\_\_, Z. \_\_\_\_\_ SA | Exclusion de l'offre confirmée, parce que le soumissionnaire n'a pas rempli une rubrique des éléments du prix de l'offre, comme l'adjudicateur l'avait demandé. Notion de compte pro rata dans la fixation du prix pour une offre relative à un marché de construction. Interdiction pour le soumissionnaire de s'écarter du marché tel que configuré par l'adjudicateur.

## Erwägungen

### E. 1

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).

### E. 2

a) L'objet du litige est défini par trois éléments: la décision attaquée, les conclusions du recours et les motifs de celui-ci. Selon le principe de l'unité de la procédure, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative s'est prononcée préalablement, d'une manière qui la lie sous forme de décision. L'objet du litige peut être réduit devant l'autorité de recours, mais pas étendu, ni modifié (ATF 136 V 362 consid. 3.4.2 p. 365). Le juge administratif n'entre pas en matière sur des conclusions qui vont au-delà de l'objet du litige qui lui est soumis (ATF 134 V 418 consid. 5.2.1 p. 426; 125 V 413 consid. 1a p. 414, et les références citées). b) La recourante conclut non seulement à la réforme de la décision attaquée, en tant qu'elle l'exclut de la procédure, mais également à l'adjudication du marché en sa faveur. Cette dernière conclusion n'est pas recevable, car l'adjudicateur n'a pas évalué l'offre de la recourante au regard des critères d'adjudication. En cas d'admission du recours, la recourante serait réintégrée dans la procédure, la décision attaquée annulée en tant qu'elle prononce l'exclusion de la recourante et adjuge le marché à Z. \_\_\_\_\_, la cause étant renvoyée à l'adjudicateur pour qu'il procède à une nouvelle évaluation des offres, y compris celle de la recourante.

### E. 3

a) 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.2012.0039 du 15 juillet 2013, consid. 2; MPU.2012.0013 du 27 septembre 2012, consid. 2), notamment celles relatives à l'exclusion de l'offre (cf., en dernier lieu, arrêt MPU.2013.0019 du 20 novembre 2013). b) 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 ( arrêts MPU.2012.0027 du 28 novembre 2012, consid. 3a; MPU.2012.0002 du 15 mai 2012, consid. 4a; MPU.2011.0009 du 25 juillet 2011 consid. 3a , et les arrêts cités ). Une offre peut être exclue notamment lorsqu'elle n'est pas conforme aux prescriptions et conditions fixées dans le concours (art. 32, deuxième tiret, let. a, R LM P-VD). En l'occurrence, l'adjudicateur a expressément rappelé cette règle aux soumissionnaires (ch. 2.8 DAO). Cela étant, l'exclusion de la procédure doit se faire dans le respect du principe de la proportionnalité; elle ne peut se fonder sur des éléments mineurs, ou du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication (ATF 2D\_34/2010 du 23 février 2011, consid. 2.3; 2C\_197/2010 du 30 avril 2010, consid. 6.1 et 6.3; ATAF 2007/13 consid. 3.2 et 3.3; arrêts MPU.2012.0027, précité, consid. 3a; MPU.2012.0003 du 16 mai 2012, consid. 4b; MPU.2011.0009, précité, consid. 3b, et les arrêts cités). Il est excessivement formaliste d'exclure une offre de la procédure, en raison de la violation d'une règle formelle, sans inviter le soumissionnaire à corriger un défaut véniel (ATAF 2007/13 consid. 3.3; arrêts précités MPU.2012.0027 consid. 3a; MPU.2012.0003, consid. 4b, et les arrêts cités). En général, il est interdit à l'adjudicateur de modifier l'offre qui lui est soumise (arrêts précités MPU.2012.0027, consid. 3a; MPU.2012.0002, consid. 6a, et les arrêts cités). Il est toutefois admis que l'adjudicateur puisse corriger les effets d'une mauvaise compréhension de l'offre par un soumissionnaire, afin de rendre les offres comparables entre elles, par exemple en supprimant une plus-value sans objet (arrêt GE.2006.0210 du 30 mars 2007; cf. ATF 2C\_107/2007 du 22 janvier 2008, consid. 2.2). Il est aussi permis à l'adjudicateur de corriger les fautes évidentes de calcul et d'écriture (art. 33 al. 2 RLMP-VD; arrêts précités MPU.2012.0002, consid. 6a; MPU.2011.0001, consid. 11a, et les arrêts cités).

### **E. 3.7**

DAO ne serait pas clairement libellé. Elle prétend avoir compris que la déduction litigieuse serait à faire au moment de la conclusion du contrat. Quoi qu'il en soit, l'Annexe B2 du DAO, récapitulant le montant de l'offre, indique clairement que le montant forfaitaire de 1,7% relatif au compte pro rata est à soustraire du montant brut de l'offre, après déduction du rabais et de l'escompte. La rubrique du ch. 3.7. DAO est un élément de la composition du prix final (désigné comme «montant net de l'offre forfaitaire»), déterminant pour la notation du prix (ch. 2.30 DAO). Les champs portés sur l'annexe B2 doivent obligatoirement être remplis. Les montants ne peuvent être nuls ou porter la mention «inclus». En particulier, les soumissionnaires sont tenus de remplir la rubrique relative au compte pro rata (cf. ch. 2.19 DAO), ce que la recourante a fait. Elle a indiqué un montant de 66'000 fr., en précisant que celui-ci était inclus dans le montant brut de l'offre. Sur ce dernier point, l'offre de la recourante ne répond pas aux prescriptions du DAO. Les explications fournies par la recourante dans ses écritures et lors de l'audience du 6 janvier 2014, ne changent rien au fait que le ch. 3.7 DAO a été inséré par l'adjudicateur dans les conditions du marché, qu'il est libre de configurer à sa guise. Il convient de relever en outre que le ch. 3.7 DAO n'a fait l'objet d'aucune interrogation de la part des soumissionnaires, qui ont tous, à l'exception de la recourante, rempli l'annexe B2 conformément aux instructions de l'adjudicateur. En particulier, la recourante n'a posé aucune question à ce sujet à l'adjudicateur, notamment pour ce qui concerne le possibilité pour elle de remplir l'annexe B2 d'une autre manière que celle exigée par l'adjudicateur. Quant à l'adjudicataire, il a indiqué, lors de l'audience du 6 janvier 2014, que ce poste lui a paru tout

à fait habituel, et ne demandait aucun éclaircissement de sa part. c) Selon la recourante, le compte pro rata, tel que défini, serait peut-être approprié pour un marché divisé en différents lots, adjugés à différents corps de métier, mais pas à un marché ouvert, comme en l'espèce, à des soumissionnaires intervenant en entreprise totale. La recourante expose que le montant de 66'000 fr. qu'elle a indiqué pour le compte pro rata, couvrirait la part de ses frais propres, mais pas ceux à la charge de ses sous-traitants, qui seraient inclus dans le prix de son offre forfaitaire. Elle gérerait elle-même le compte pro rata de ses sous-traitants. Les montants y relatifs seraient inclus dans ses prix unitaires, tels qu'ils résultent de son offre. L'adjudicateur, en reprenant dans l'appel d'offres le compte pro rata tel qu'il est défini dans les Directives, n'aurait pas tenu compte des spécificités du marché. En disant cela, la recourante soulève des griefs qui ont trait au dossier d'appel d'offres, qu'elle aurait pu attaquer dans le délai de dix jours dès sa réception (cf. ATF 125 I 203; arrêts MPU.2012.0039 du 15 juillet 2013; MPU.2011.0009 du 25 juillet 2011; MPU.2010.0029 du 10 mars 2011, et les arrêts cités). Or, elle ne l'a pas fait. De même, elle n'a pas interrogé l'adjudicateur sur la portée du ch. 3.7 DAO avant de présenter son offre, ni exposé à cette occasion le point de vue qu'elle défend dans son recours. La démarche de la recourante tend à remettre en cause la façon dont l'adjudicateur a configuré le marché, ce qu'il ne lui est pas permis de faire. 5. La recourante soutient que le ch. 3.7 DAO ne s'harmoniserait pas avec d'autres prescriptions régissant le marché. Elle se prévaut sous cet aspect des ch. 4.1.6, 4.1.7, 4.1.8, 4.1.9 et 4.2 DAO. L'adjudicataire doit mettre en place un tableau électrique provisoire et assurer l'éclairage provisoire nécessaire à la bonne marche du chantier (ch. 4.1.6). L'eau nécessaire au chantier peut être prélevée sur les robinets existants (ch. 4.1.7). En période hivernale, le chauffage est assuré par le maître d'ouvrage (soit l'adjudicateur, cf. ch. 1.1 in initio DAO). L'entreprise adjudicataire doit assurer le nettoyage du chantier et l'évacuation de ses déchets jusqu'à la déchetterie du chantier. Elle doit également assumer les frais de nettoyage que le maître d'ouvrage pourrait ordonner si les exigences de propreté ou les consignes de gestion des déchets ne sont pas respectées (ch. 4.1.9 et 4.2 DAO). Ainsi, l'adjudicateur met à la disposition de l'adjudicataire des fournitures (eau et électricité) pour la conduite du chantier. Les factures y relatives sont payées par le Y. \_\_\_\_\_, et le compte pro rata a précisément pour but de répartir ces frais. Quant aux ch. 4.1.9 et 4.2, ils prévoient que l'adjudicataire assumera la gestion des déchets sur le chantier, mais pas l'évacuation de ces déchets vers des centres extérieurs, opération à la charge du Y. \_\_\_\_\_. Il est dès lors logique que les frais y relatifs soient déduits par l'adjudicataire du prix de son offre. Contrairement à ce que soutient la recourante, ces prestations ne font pas double emploi avec celles offertes par la recourante à ses sous-traitants. Quoi qu'il en soit, si la recourante avait éprouvé un doute quant à la nature de ces déductions, il lui appartenait d'interpeller l'adjudicateur à ce sujet avant de déposer son offre, ce qu'elle n'a pas fait.

#### **E. 4**

Selon la recourante, le ch. 3.7 DAO, pas clair, ne pouvait constituer le motif de l'exclusion de son offre. a) Le compte pro rata n'est pas réglementé dans la LMP-VD ou le RLMP-VD. Ni le Code des obligations, ni la norme SIA-118 ne s'y réfèrent. Il s'agit d'une création de la pratique (Pascal Pichonnaz, Rabais, escompte et compte pro rata, DC 3/2007, p. 100s, n°17ss). En général, le maître d'ouvrage retient sur le prix une quote-part, exprimée en pourcentage, fixée à l'avance, sur chaque acompte payé aux entrepreneurs. Le montant est géré par la direction des travaux pour le compte du maître d'ouvrage. Ce compte porte sur des frais communs (nettoyage du chantier, pose du sapin, taxes de décharge, etc.), ainsi que, parfois, sur les frais d'assurance, en vue de la réparation de dommages éventuels (cf. art.

31-Norme SIA 118 ; Pichonnaz, op. cit., n°19). Le Y. \_\_\_\_\_ se réfère sur ce point aux directives administratives pour les constructions de l'Etat de Vaud, édictées par le Service immeubles, patrimoine et logistique (ci-après: les Directives). Ce document prévoit, sous la rubrique «Compte pro rata», que le mandataire constitue un compte alimenté suivant un taux conventionnel au pro rata des montants adjugés; son exploitation est définie par la direction des travaux, le maître de l'ouvrage et les entreprises. Il est géré par la direction des travaux. Son taux est fixé entre 0,6 et 1,5%; il doit figurer dans les conditions de mise en soumission; le prélèvement s'opère sur chaque facture. Ce pourcentage peut être augmenté de 0,5% au maximum pour couvrir les frais de tri et de gestion des déchets (ch. 6.4 des Directives). Lors de l'audience du 6 janvier 2014, les représentants du Y. \_\_\_\_\_ ont indiqué que le montant a été arrêté à 1,7%, afin de tenir compte des particularités du chantier, à mener dans un contexte hospitalier spécial. Il correspond à une moyenne, calculée sur la base de l'expérience de l'adjudicateur. Le Y. \_\_\_\_\_ gère le compte pro rata. Il effectue un décompte par frais du chantier, l'éventuel excédent étant restitué à l'adjudicataire à la fin des travaux. La recourante se réfère pour sa part à la directive concernant le compte pro rata, établie en 2000 par la Conférence cantonale vaudoise de la construction. Selon ce document, le compte pro rata est destiné à couvrir divers frais qu'il est difficile, voire impossible, d'attribuer au maître ou à un corps de métier en particulier. Ces dépenses sont réparties sur l'ensemble des entreprises concernées, en proportion de leurs factures finales (ch. 1.1). Ce compte couvre l'ordre et la propreté sur le chantier, soit les frais de gros nettoyage ponctuels durant le chantier, y compris la mise à disposition de bennes, à faire par une entreprise désignée par la direction des travaux (ch. 2). Il peut aussi couvrir une assurance de construction (ch. 3). La recourante se réfère en outre à ses conditions générales pour les travaux qu'elle effectue. De ces documents, et des explications fournies par les représentants du Y. \_\_\_\_\_ lors de l'audience du

## **E. 6**

La recourante reproche à l'adjudicateur de n'avoir pas aménagé une audition, au cours de laquelle elle aurait pu s'expliquer sur le point litigieux. Le DAO rappelle que les négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires au sujet du prix sont prohibées (ch. 2.35 DAO). Cela n'empêche pas toutefois l'adjudicateur d'inviter, au besoin, le soumissionnaire à fournir des explications au sujet de l'offre, soit par écrit, soit au cours d'une audition (ch. 2.35 in fine DAO). L'adjudicateur décide librement de ces auditions; en particulier, il peut n'entendre que les soumissionnaires qui ont des chances objectives d'emporter le marché et dont le dossier nécessite des clarifications (ch. 2.26 al. 1 DAO). Dès l'instant où, selon l'adjudicateur, une offre doit être exclue pour des motifs formels, comme en l'occurrence, une audition n'est pas nécessaire, puisque le soumissionnaire évincé ne peut plus se voir adjudger le marché. Pour le surplus, s'il a besoin de renseignements complémentaires, l'adjudicateur est libre soit de les demander par écrit, soit d'organiser une audition des représentants du soumissionnaire. En l'occurrence, l'adjudicateur a opté pour le premier terme de l'alternative. Le 26 août 2013, il a remis à la recourante une liste de 53 questions, dont deux (les n°3 et 53) se rapportaient précisément à la rubrique litigieuse. En procédant comme il l'a fait, l'adjudicateur a respecté les ch. 2.26 et 2.35 DAO. Sur le vu de l'offre de la recourante et de ses réponses aux questions posées, l'adjudicateur devait ainsi retenir que les exigences du DAO relatives au compte pro rata n'étaient pas respectées en l'occurrence.

## **E. 7**

Selon la recourante, l'interdiction des négociations jusques et y compris l'adjudication, comme le prescrit le ch. 2.35 DAO, n'empêchait pas l'adjudicateur d'entamer avec elle une discussion au sujet de la déduction litigieuse, puisque seul le contrat fait foi (cf. ch. 2.41 DAO). Cette conception ne peut être partagée. L'adjudicateur adjuge le marché au regard des offres reçues, après les avoir évaluées. C'est sur la base de l'offre retenue (et notamment du prix qu'elle propose) et conformément au cahier des charges configurant le marché, qu'est conclu le contrat qui seul engage juridiquement les parties. On ne voit pas comment, sauf à détourner les règles fondamentales des marchés publics, l'adjudicateur pourrait, après avoir adjugé le marché, engager des pourparlers avec l'adjudicataire pour obtenir de lui des modifications de son offre, s'agissant notamment du prix.

## **E. 8**

La recourante reproche à l'adjudicateur de n'avoir pas considéré les propositions qu'elle a faites comme alternative à la rubrique contestée. a) La recourante admet expressément ne pas s'être conformée au DAO, notamment à l'Annexe 2 contenant la formule du prix. Si l'on considère que la recourante a dévié du cahier des charges pour proposer une variante, celle-ci devrait être considérée comme irrecevable. En effet, seules les variantes portant sur les choix constructifs et/ou sur les matériaux sont admises (ch. 2.21 al. 1 DAO). A contrario, une variante sur le prix n'est pas conforme aux prescriptions du marché. b) Le montant total offert par la recourante, comme équivalent à la déduction litigieuse, s'élève à 66'000 fr. Il n'est pas comparable à ce que prévoit l'adjudicateur, soit 1,7% du montant brut forfaitaire, après déduction du rabais et de l'escompte. Sur la base des données fournies par la recourante, le montant du «Prorata 1,70%» aurait dû être de 330'398 fr. (19'435'185 fr. x 1,7%). En procédant comme elle l'a fait, la recourante a inclus dans le prix de son offre un montant à déduire de ce prix, ce qu'elle n'avait pas le droit de faire sur le vu de l'Annexe B2, telle que libellée. En outre, contrairement à ce que soutient la recourante, la différence entre le montant annoncé et celui qu'elle aurait dû inscrire dans le champ ad hoc de l'Annexe B2, n'est pas bénigne. Elle revient à s'écarter du marché tel que configuré par l'adjudicateur, ce qu'il n'est pas permis de faire. c) A suivre la thèse de la recourante, l'adjudicateur aurait dû, après réception de son offre, rechercher dans les prix unitaires de celle-ci, les différents éléments recoupant les prestations visées par le compte pro rata. Or, il n'est pas possible, sur le vu de son offre et de ses réponses aux questions posées par l'adjudicateur, de retracer les montants qui, selon la recourante, permettraient de déterminer les montants du compte pro rata qu'elle générerait en relation avec ses sous-traitants. La démarche préconisée par la recourante aurait obligé l'adjudicateur à décomposer différents postes de l'offre, puis à les recomposer, de manière à disposer d'une offre remaniée, comparable à celle des autres soumissionnaires. Même à supposer un tel procédé possible, il eût exposé l'adjudicateur au reproche d'une modification de l'offre après le dépôt de celle-ci, en violation des principes de transparence et d'intangibilité des offres (cf. arrêts MPU.2013.0029, précité; MPU.2011.0001 du 27 juin 2011, consid. 11 et 12). En l'espèce, la recourante n'a donné aucune indication précise, qui aurait permis de vérifier que l'opération qu'elle préconise aurait été simple et facile à réaliser, de sorte que l'adjudicateur n'aurait pu refuser de l'effectuer.

## **E. 9**

Le recours doit ainsi être rejeté dans la mesure où il est recevable. La décision attaquée est confirmée. Les frais sont mis à la charge de la recourante (art. 49 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD, RSV 173.36). Le montant maximal de

l'émolument ordinaire est de 10'000 fr. (art. 1 du Tarif des frais judiciaires en matière de droit administratif et public, du 11 décembre 2007 – TFJAP, RSV 173.36.5.1). Pour les affaires de marchés publics, le montant est fixé de cas en cas, en fonction de l'importance et de la difficulté de la cause (art. 4 al. 3 TFJAP). L'émolument peut être augmenté en fonction d'opérations nombreuses ou complexes, de l'importance de la cause, notamment sur le plan économique, et des difficultés particulières qu'elle comporte pour l'établissement des faits ou l'application du droit (art. 5 TFJAP). Il se justifie en l'occurrence de s'écarter à la hausse du maximum de l'émolument ordinaire, compte tenu de la valeur litigieuse, dépassant 20'000'000 fr. La recourante versera également une indemnité à titre de dépens en faveur de l'adjudicateur et de l'adjudicataire, qui sont intervenus dans la procédure avec l'assistance d'un mandataire (art. 52, 55 et 56 LPA-VD).

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