

VD_OMNI MPU.2015.0007 vom 21. Mai 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-05-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2015.0007

FR: VD_OMNI MPU.2015.0007 du 21 mai 2015

IT: VD_OMNI MPU.2015.0007 del 21 maggio 2015

Regeste

X. _____ & Cie/Y. _____ | Exclusion de l'offre pour incomplétude. Le fait de ne pas remplir une rubrique de la liste de prix et de soustraire le montant du pro rata (alors que cela n'était pas prévu par l'adjudicateur) ne constituent pas des défauts véniels, partant réparables. La mise à disposition par l'adjudicateur, à bien plaisir, d'un fichier facilitant l'établissement de la liste de prix de l'offre n'a pas eu pour conséquence d'empêcher la recourante de présenter une offre complète. L'erreur entachant son offre lui est imputable. Confirmation de la décision d'exclusion (consid. 7).

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) La recourante est directement touchée par la décision l'excluant de la procédure d'adjudication. Sa réintégration représente pour elle le seul moyen d'obtenir le marché qu'elle convoite. La recourante a qualité pour agir. b) Le litige porte sur l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure. Dans ce domaine, le Tribunal dispose d'un libre pouvoir d'examen (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts MPU.2014.0016 du 26 août 2014, consid. 1c MPU.2014.0003 du 4 août 2014, consid. 2; MPU.2014.0008 du 21 juillet 2014, consid. 1d, et les arrêts cités).

E. 3

Selon la recourante, l'appel d'offres serait «truffé d'erreurs», ce qui justifierait d'autant moins la rigueur de son exclusion; l'adjudicateur aurait dû l'inviter à compléter ou préciser son offre, avant de l'exclure. a) Tant l'appel d'offres que l'adjudication sont attaquables, dans un délai de dix jours (art. 10 al. 1 let. a et d LMP-VD). En principe, les principes et 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). Le Tribunal applique ces principes; il lui est arrivé de déclarer irrecevables pour tardiveté des griefs qui auraient dû être dirigés contre l'appel d'offres (arrêts MPU.2012.0039 du 15 juillet 2013

consid. 6a; MPU.2012.0002 du 15 mai 2012, consid. 5a: MPU.2011.0009 du 25 juillet 2011, consid. 2, et les arrêts cités). b) La recourante a téléchargé le fichier simap, disponible dès le 7 octobre 2014. Le délai de recours contre l'appel d'offres, le DAO et leurs annexes a ainsi commencé à courir le lendemain, 8 octobre 2014, pour expirer le 17 octobre 2014. En tant que la recourante entend contester certains éléments de ces documents, le recours est tardif, partant irrecevable. En réalité, les critiques de la recourante sont dirigées contre le fichier «Snap», qui serait selon elle la cause des défauts entachant son offre. A supposer que ce fichier puisse être assimilé aux documents d'appel d'offres, la recourante l'a reçu le 22 octobre 2014, soit après l'expiration du délai pour recourir contre l'appel d'offres. Il conviendrait dans ce cas d'entrer en matière, selon la jurisprudence qui vient d'être rappelée. Toutefois, compte tenu des particularités du fichier «Snap», il est douteux qu'il fasse partie des documents d'appel d'offres (cf. consid 7d ci-dessous), de sorte que le recours devrait être déclaré irrecevable, dans la mesure où la recourante remet en cause ce fichier. Le sort du recours étant de toute manière scellé, le Tribunal s'abstiendra de trancher cette question. Il examinera les griefs relatifs au fichier «Snap» par surabondance de droit.

E. 3.1

p. 503/504; 136 II 415 consid. 1.2 p. 417, et les arrêts cités; ATAF 2008/59 consid. 4.2 et 4.3). b) Le pouvoir adjudicateur peut ratifier une décision qui n'émane pas directement de lui, mais d'une personne ou d'une entité subordonnée (cf. les arrêts MPU.2012.0005 du 17 juillet 2012, consid. 2, concernant une décision rendue au nom de la commune par le mandataire de celle-ci; GE.2007.0031 du 4 juin 2007, consid. 2, concernant une décision rendue au nom de la commune par un chef de service; GE.2005.0161 du 9 février 2006, consid. 2, concernant une décision rendue pour le Centre hospitalier universitaire vaudois par sa Centrale d'achat). c) La décision attaquée est rédigée sur le papier à en-tête des Y._____. Elle porte les signatures autographes de C._____, Cheffe de projet auprès du Service des infrastructures et techniques des Y._____, et de E._____, responsable de ce même service. Ces personnes ne font pas partie du cercle de celles ayant qualité pour engager les Y._____, selon l'extrait du Registre du commerce publié sur le réseau Internet. Le 1^{er} avril 2015, les Y._____ ont produit un document, daté du 20 mars 2014, à teneur duquel «la Direction générale (...) octroient (sic) au responsable, ainsi qu'aux chefs de projets du service des infrastructures, une délégation de compétence leur permettant d'engager les Y._____ en matière de correspondance et de gestion administrative nécessaires aux procédures d'appel d'offres en marchés publics». A ce document, signé par F._____, Directeur général ad interim, et G._____, Directeur général adjoint, était annexé un document interne, daté du 15 décembre 2009, selon lequel E._____ et le Chef de projet concerné pouvaient signer les décisions, notamment en matière d'adjudication de travaux. Lors de l'audience du 7 avril 2015, la recourante a fait remarquer que F._____ n'était pas en fonction le 20 mars 2014; en outre, la délégation du 15 décembre 2009 devait être tenue pour obsolète. Le 10 avril 2015, les Y._____ ont produit un nouveau document, daté du 8 avril 2015 et signé de F._____ et G._____, précisant que le document du 20 mars 2014 portait une date erronée; il avait été établi le 20 mars 2015. En outre, le 8 avril 2015, H._____, président des Y._____, et I._____, secrétaire du conseil, ont confirmé que la Direction générale était habilitée à gérer et représenter les Y._____, et à mettre en place un système de délégation de compétences internes, comme cela avait été fait en l'occurrence pour le Service des infrastructures, C._____ et E._____. Dans ses déterminations du 24 avril 2015, la recourante conteste ce point. Elle expose que, selon l'art. 15 let. d des Statuts des

la cause CRM 2005-003 par l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de marchés publics; cf. également l'arrêt rendu le 26 octobre 2010 par le Tribunal administratif du canton de Neuchâtel, commenté par Jean-Baptiste Zufferey, DC 1/2011 p. 100/101). b) Les autres soumissionnaires évincés, ainsi que l'adjudicataire, ne sont pas parties à la procédure qui oppose la recourante à l'adjudicateur qui a rendu contre elle une décision d'exclusion de la procédure. C'est la raison pour laquelle les autres soumissionnaires n'ont pas été appelés en cause (cf. art. 13 et 14 LPA-VD). Cela étant, le Tribunal a invité l'adjudicateur à produire l'offre de l'adjudicataire, pour vérifier que celle-ci était complète. Le Tribunal a examiné en détail l'offre de l'adjudicataire et l'a comparée à celle de la recourante. Il a constaté que l'offre de l'adjudicataire comprenait toutes les rubriques de la liste de prix. Lors de l'audience du 7 avril 2015, la recourante a pu consulter l'offre de l'adjudicataire, s'agissant de la rubrique n°255.6 de la liste de prix et de la récapitulation des différents postes de cette liste. Cela suffit pour assurer à la recourante la garantie de son droit d'être entendue. c) L'autorité reste libre de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant de manière non arbitraire à une appréciation anticipée de la valeur probante des mesures proposées, elle a acquis la certitude que celles-ci ne modifieraient pas son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299; 134 I 140 consid. 5.3 p. 148; 131 I 153 consid. 3 p. 157; 130 II 425 consid. 2.1 p. 429, et les arrêts cités). Dès lors que les autres soumissionnaires ont été évincés, seule l'offre de l'adjudicataire est déterminante pour l'examen des griefs de la recourante. De toute manière, la simple consultation des offres ne permet pas de déterminer si tel ou tel soumissionnaire a utilisé le fichier «Snap» litigieux – ou non, et si le fichier «Snap» remis aux autres soumissionnaires était complet – ou non. La mesure réclamée par la recourante lui est dès lors inutile pour étayer ses moyens relatifs au fichier «Snap». Dans le cours de la procédure, l'adjudicateur a produit les courriers électroniques qu'elle a échangés avec les soumissionnaires évincés. Ces documents éclairent les circonstances dans lesquelles ces soumissionnaires ont utilisé le fichier «Snap», d'une manière suffisamment claire pour que le Tribunal puisse examiner en connaissance de cause les griefs soulevés par la recourante dans ce contexte (cf. consid. 7 ci-dessous). Il n'est ainsi pas nécessaire que la recourante consulte les offres des autres soumissionnaires. d) La demande de la recourante doit dès lors être rejetée.

E. 6

Dans ses écritures finales, la recourante soutient que D. _____ aurait dû se récuser, à raison de ses liens avec l'adjudicataire. a) A teneur de l'art. 7 RLMP-VD, les membres des autorités adjudicatrices, ainsi que les personnes et entreprises qui participent à la procédure de passation des marchés publics, ne peuvent présenter d'offre (al. 1); les personnes et entreprises qui participent à la préparation des documents d'appel d'offres peuvent présenter une offre, pour autant que l'appel d'offres mentionne leur participation et son ampleur et que les documents de soumission indiquent toutes les sources et l'endroit où elles peuvent être consultées (al. 2); les autres cas d'incompatibilité prévus par les autorités adjudicatrices sont réservés (al. 3). b) La préimplication pose le problème de l'apparence de partialité du maître de l'ouvrage dans la configuration du marché; celle-ci peut naître d'un risque de collusion d'intérêts, notamment au cours de la procédure d'adjudication. Un adjudicateur ne peut associer un futur soumissionnaire (lui-même ou par le truchement d'une société qu'il contrôle) à la configuration du marché ou la préparation de documents d'appel d'offres. Comme en matière de récusation, une simple apparence de privilège est à éviter (BEZ 2001/2 arrêt n° 24, cité par Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas

Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 102). Le soumissionnaire préimpliqué s'avère en effet privilégié par rapport aux autres candidats, dans la mesure où il bénéficie de meilleures connaissances du projet et par le fait qu'il dispose de plus de temps pour établir son offre (Denis Esseiva, in DC 2/2007 S9, référence citée). Un tel conflit entre l'intérêt public à adjudger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse et l'intérêt personnel à l'adjudication, est susceptible de fausser les règles de la concurrence (arrêts MPU.2014.0003, précité, consid. 3; MPU.2010.0008 du 6 décembre 2010). Toutefois, la jurisprudence sur le devoir de récusation des juges, qui naît de l'apparence de partialité objective, n'est pas applicable au soumissionnaire préimpliqué; il n'y a pas lieu d'exclure celui-ci tant et aussi longtemps que la preuve de l'existence d'un avantage concurrentiel résultant de sa participation à la configuration du marché n'est pas rapportée (ATF 2P.164/2004 du 25 janvier 2005, consid. 5.7.3). Doit en outre être distingué à cet égard le dialogue technique entre le pouvoir adjudicateur et un futur soumissionnaire; un tel dialogue est en effet licite dans la mesure où il ne porte pas atteinte à l'égalité de traitement des soumissionnaires et ne supprime pas la concurrence (ATF 2P.122/2000 du 6 novembre 2000, consid. 7b; arrêt MPU.2014.0003, précité, consid. 3). c) Le grief ayant trait à la possible préimplémentation d'un soumissionnaire dans la procédure d'adjudication, doit être soulevé dès la connaissance du motif invoqué, à l'instar de ce qui prévaut en matière de récusation des autorités administratives (cf. ATF 132 II 485 consid. 4.3 p. 496/497; art. 10 al. 2 LPA-VD; cf. arrêt FO.2011.0020 du 29 novembre 2011, consid. 5c, et les arrêts cités). Sous l'angle de la bonne foi, les prétentions que tirent les parties du droit de récusation s'éteignent par préemption lorsque le plaideur procède devant un juge ou une autorité en connaissance des faits pouvant justifier une récusation; en effet, l'intéressé accepte ainsi, de manière tacite, que la personne récusable exerce ses fonctions (ATF 134 I 20 consid. 4.3.1 p. 21; 132 II 485 consid. 4.3 p. 496/497; arrêts MPU.2013.0002 du 14 mai 2013, consid. 5; FO.2011.0020, précité, consid. 5c). d) La recourante a mis en cause D. _____ pour la première fois dans son écriture du 18 mars 2015, en alléguant que le mandataire de l'adjudicateur l'aurait traitée plus sévèrement que les autres soumissionnaires, à raison d'un litige survenu dans l'adjudication d'un autre marché. Lors de l'audience du 7 avril 2015, répondant à une question de la recourante, D. _____ a confirmé avoir été mandaté par l'adjudicataire. Dans ses déterminations du 24 avril 2015, la recourante est revenue à la charge, en exposant qu'elle venait d'apprendre que l'adjudicataire avait été mandatée par l'adjudicateur pour préparer un budget préparatoire des travaux litigieux. La recourante a demandé au Tribunal d'investiguer sur ce point. Le 24 avril 2015, l'adjudicateur s'est déterminé spontanément. Il a indiqué que Z. _____ avait, en 2013, établi à sa demande un devis estimatif notamment pour le CFC 250 faisant l'objet du marché. Z. _____ n'avait toutefois pas participé à l'élaboration de l'appel d'offres, dont elle n'aurait pris connaissance qu'en même temps que les autres soumissionnaires. e) Dans la mesure où il ne se confond pas avec le grief relatif au fichier «Snap» (consid. 7 ci-dessous), l'argument développé par la recourante au sujet du comportement de D. _____ lors de la procédure de soumission, et en particulier de la remise de ce fichier, ne permet pas d'admettre que le mandataire de l'adjudicateur aurait sciemment entravé la recourante dans la remise de son offre. Aucun élément du dossier ne vient étayer le moindre soupçon que D. _____ aurait remis à la recourante un fichier «Snap» défectueux, de manière à l'amener à déposer une offre incomplète. Ce moyen doit être rejeté. f) L'adjudicateur n'a pas notifié sa décision d'adjudication à la recourante, exclue de la procédure. Ce n'est que lors de l'audience du 7 avril 2015 que la recourante a

appris que Z. _____ était l'adjudicataire. Les moyens tirés de la préimplication de D. _____ à raison de ses liens avec Z. _____, soulevés le 24 avril 2015, ne sont dès lors pas tardifs. g) D. _____ a travaillé pour Z. _____ dans d'autres affaires. La recourante ne prétend pas que D. _____ aurait préparé l'offre de Z. _____ qui a emporté le marché litigieux. Pour le surplus, le fait que Z. _____ ait, en 2013, établi un devis estimatif des travaux à réaliser pour les besoins du CFC 250, n'a aucun lien avec la participation de D. _____ à la procédure d'adjudication, comme mandataire de l'adjudicateur. Un devis estimatif sert tout au plus à mesurer l'ampleur des travaux à réaliser, de manière à ce que l'adjudicateur puisse évaluer leur coût et régler leur financement. Il n'est pas démontré que Z. _____ aurait participé à l'élaboration de l'appel d'offres ou à la configuration du marché et qu'elle aurait bénéficié d'un avantage concurrentiel par rapport aux autres soumissionnaires. Preuve en est, au demeurant, que le montant de l'offre de la recourante est inférieur à celui de l'adjudicataire, même en tenant compte du montant de la rubrique n°255.6 et de la déduction du pro rata. h) Dans le cadre d'une appréciation anticipée des moyens de preuves (consid. 5c ci-dessus), le Tribunal renonce à ordonner les mesures d'instruction complémentaires demandées par la recourante sur ce point, le grief tiré de la préimplication devant de toute manière être rejeté.

E. 7

L'adjudicateur a exclu l'offre de la recourante pour un double motif: elle serait incomplète, d'une part, et ne respecterait pas les prescriptions du DAO, d'autre part. 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 précités MPU.2014.0003, consid. 6b; MPU.2014.0008, consid. 1e; MPU.2013.0013 du 2 juillet 2014, consid. 3a, et les arrêts cités). L'offre est intangible (art. 29 al. 3 RLMP-VD). L'adjudicateur peut exclure une offre notamment lorsque celle-ci n'est pas conforme aux prescriptions et conditions fixées dans la mise au concours, incomplètement remplie ou ayant subi des adjonctions ou des modifications (art. 32, deuxième tiret, let. a RLMP-VD; cf. également ch. 5.11.2 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 2C_418/2014 du 20 août 2014, consid. 4.2; arrêts précités MPU.2014.0003, consid. 6b et MPU.2013.0013, consid. 3a; arrêt MPU.2013.0027 du 4 février 2014, 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 (arrêts précités MPU.2013.0013, consid. 3b; MPU.2013.0027, consid. 3b; arrêt MPU.2013.0021 du 19 décembre 2013, consid. 3b, et les arrêts cités). Le caractère véniel du défaut se mesure par rapport au défaut lui-même, et à sa gravité. Son importance ne dépend pas de son impact sur le prix ou la valeur du marché (arrêt MPU.2014.0004 du 27 août 2014, consid. 9b). Les erreurs évidentes de calcul et d'écriture sont corrigées (art. 33 al. 2 RLMP-VD). Ont été notamment exclues les offres ne contenant pas des attestations ou des renseignements requis par l'adjudicateur (ATF 2C_418/2014 du 20 août 2014; arrêts MPU.2011.0009, précité; MPU.2009.0010 du 6 octobre 2009; GE.2005.0090 du 10 avril 2006; GE 2001.0074 du

E. 12

décembre 2001). De même, le soumissionnaire ne saurait, à peine d'exclusion, ajouter à son offre, après le dépôt de celle-ci, des coûts qu'il aurait oublié d'annoncer (arrêt MPU.2013.0013, précité). Ont en revanche été jugées excessivement formalistes des décisions d'exclusion portant sur le défaut de signature (arrêt MPU.2013.0021, précité; décision de la Commission fédérale de recours, du 23 décembre 2005, reproduite in : JAAC 70.33), la production d'attestations rédigées en allemand, langue du siège du soumissionnaire (arrêt GE.2006.0084 du 6 septembre 2006), ou le défaut d'un «planning organisationnel», alors que la lettre d'accompagnement de l'offre contenait des indications minimales, mais suffisantes à ce propos (arrêt GE.2006.0226 du 20 février 2007). b) La recourante a présenté une offre de base et une variante, comprenant à chaque fois la liste de prix et la récapitulation des différents postes de cette liste. Tant pour l'offre que pour la variante, la rubrique n°255.6 n'apparaît ni dans la liste de prix (p. 49/50), ni dans la récapitulation (p. 59). L'offre de la recourante est ainsi incomplète. Personne ne le conteste, au demeurant. c) Dans un premier moyen, la recourante reproche à l'adjudicateur de ne pas l'avoir interpellée au sujet de la rubrique n°255.6, de manière à lui donner l'occasion de compléter la rubrique manquante. Sur le vu de la jurisprudence qui vient d'être rappelée, le fait d'omettre une rubrique de la liste de prix n'entre pas dans la catégorie des défauts véniels que l'adjudicateur peut faire guérir par le soumissionnaire après le dépôt de l'offre. La recourante conteste ce point. Elle se réfère à un arrêt du Tribunal administratif du canton des Grisons (relaté dans Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^{ème} éd., Zurich, 2013, p. 206/207 n°464). Selon cet arrêt, n'a pas été exclue l'offre dans laquelle manquait une position de liste de prix, d'un montant de 924 fr., considéré comme insignifiant par rapport au montant total de 268'279,95 fr. (soit une différence de 0,34%). En l'occurrence, la rubrique n°255.6 manquante correspondrait à un montant de 4'489,20 fr., soit 0,52% de celui de l'offre totale. Malgré toute l'attention et la déférence que porte le Tribunal à la pratique des tribunaux des autres cantons suisses, il suit pour sa part une ligne plus stricte, inspirée par des considérations d'égalité de traitement entre soumissionnaires et de transparence de la procédure d'adjudication, selon la jurisprudence qui vient d'être citée. Cette approche est au demeurant partagée par d'autres tribunaux cantonaux, tout aussi estimables que celui des Grisons, comme par exemple le Tribunal administratif du canton d'Argovie (cf. les arrêts cités par Galli/Moser/Lang/Steiner, *op. cit.*, n°465ss p. 207ss). N'est pas davantage déterminant le fait que le montant de la rubrique n°255.6 serait absorbé par la marge bénéficiaire ou que le prix de cet article normalisé soit connu de l'adjudicateur, comme l'expose la recourante. On ne voit pas comment l'adjudicateur aurait pu compléter spontanément l'offre de la recourante, sans du même coup porter atteinte à l'égalité de traitement entre soumissionnaires. Un tel procédé était en outre prohibé par le ch. 2.6 DAO. De même, on ne saurait soutenir que l'adjudicateur aurait dû considérer qu'il se trouvait en présence d'une erreur de calcul ou d'écriture, au sens que donne à ces notions la jurisprudence (cf. arrêt MPU.2012.0002 du 15 mai 2012, consid. 6, et les références citées). Enfin, l'invocation par la recourante du ch. 1.10 DAO ne lui est d'aucun secours. Selon cette disposition, le droit que l'adjudicateur se réserve de poser des questions au soumissionnaire pour l'éclaircissement de son offre ne peut pas avoir pour conséquence que le soumissionnaire serait autorisé à apporter des éléments nouveaux ou compléter son offre. Or c'est précisément de cela qu'il s'agirait, à suivre la recourante: ajouter le montant d'une rubrique manquante dans la liste de prix de son offre. d) Dans un deuxième moyen, la

recourante rejette sur l'adjudicateur la responsabilité de l'incomplétude de son offre: un défaut entachant le fichier «Snap» lui aurait fait manquer la rubrique n°255.6 dans la liste de prix. Lors de l'audience du 7 avril 2015, D. _____ a expliqué que dans les marchés portant sur des installations sanitaires, il existe des fichiers informatiques permettant de saisir automatiquement les textes, les prix, ainsi que les calculs nécessaires pour remplir les offres. L'avantage de ces fichiers est d'éviter au soumissionnaire le travail fastidieux de remplir à la main les différentes rubriques du fichier simap. Le fichier «Snap», élaboré par la société J. _____ AG, est l'un de ces outils, que D. _____ utilise pour préparer les appels d'offres. Ce fichier n'est pas «verrouillé», afin de permettre aux soumissionnaires qui s'en servent de le modifier, s'agissant notamment des différents éléments des prix unitaires et du prix final. D. _____ a confirmé que le fichier «Snap» est identique au fichier simap. Des différences peuvent survenir au moment de l'ouverture du fichier «Snap» par celui qui l'a reçu, à raison des configurations du programme informatique et des modalités de présentation choisies par le destinataire. C'est parce que ce document peut être modifié au gré du soumissionnaire que seul le fichier simap, comme partie intégrante de l'appel d'offres, fait foi pour l'examen des offres, comme le rappellent le DAO (ch. 2.6 et 5.11.2) et le courrier électronique du 22 octobre 2014 expédié par D. _____ à A. X. _____. Les courriers électroniques échangés entre l'adjudicateur, la société J. _____ AG et le bureau d'ingénieurs K. _____ S.A., produits à l'appui des déterminations du 24 avril 2015, montrent comment le fichier «Snap» peut être modifié par son utilisateur. Plusieurs soumissionnaires ont établi leur offre sur la base du fichier «Snap». Des courriers électroniques des représentants des sociétés L. _____ S.A., du 13 mars 2015, M. _____ S.A., du 13 mars 2015, et N. _____ Sàrl, du 16 mars 2015, il ressort que ces soumissionnaires n'ont pas rencontré de difficultés à établir leurs offres sur la base du fichier «Snap». Ils ont indiqué également que l'élaboration de l'offre sur la seule base du fichier simap représente un gros travail, comportant le risque – survenu en l'occurrence - d'oublier certaines rubriques. L'adjudicataire n'a pas utilisé le fichier «Snap». Cela ne l'a pas empêchée, comme le Tribunal a eu l'occasion de le vérifier par lui-même, de remettre une offre complète. Lors de l'audience du 7 avril 2015, A. X. _____ a expliqué qu'il s'était aperçu, en le chargeant sur son ordinateur, que le fichier «Snap» comportait des erreurs. Il avait alors décidé de recopier lui-même la liste de prix, telle qu'elle figurait sur le fichier simap. Dans cette opération, il avait oublié la rubrique n°255.6, par inadvertance. Cette omission ne constitue pas un défaut véniel, au sens de la jurisprudence qui vient d'être rappelée. L'adjudicateur n'avait dès lors pas l'obligation d'inviter la recourante à compléter l'offre après son dépôt. Il convient également de souligner que la recourante, confrontée à la difficulté pour elle d'utiliser le fichier «Snap», n'a posé aucune question sur ce point à l'adjudicateur, dans le délai prévu à cet effet. Enfin, on ne saurait soutenir, avec la recourante, que le fichier «Snap» était inutilisable pour établir la soumission. Cette assertion est mise en échec par le fait que les autres soumissionnaires qui ont utilisé ce fichier ont remis une offre complète. En déduire que le mandataire de l'adjudicateur aurait remis à la seule recourante un fichier «Snap» défectueux, comme l'allègue la recourante dans ses déterminations du 24 avril 2015, ne repose sur aucun élément tangible. En conclusion sur ce point, l'oubli de la rubrique n°255.6 incombe à la seule recourante. L'adjudicateur pouvait exclure son offre déjà pour ce seul motif, sans violer la loi. e) L'adjudicataire est tenu de participer aux frais du chantier, dans une mesure fixée à 1,5% (ch. 5.9 DAO). Dans la récapitulation des différents postes du prix de l'offre, la recourante a déduit ce montant (p. 60 de l'offre, p. 59 de la variante), alors que la liste de

prix établie par l'adjudicateur ne prévoit pas cette déduction. La recourante explique que la prise en compte du pro rata dans la détermination du prix de l'offre est indispensable pour établir un prix correct, au regard notamment du calcul de la TVA. Cet argument n'est pas déterminant. L'adjudicateur, dans la liberté qui lui appartient dans la configuration du marché, est libre d'intégrer le pro rata dans la liste des différents éléments du prix – ou de ne pas le faire. La seule limite qui lui est imposée est de traiter de manière égale les soumissionnaires sur ce point, comme sur tous les autres. Le soumissionnaire n'a pas le droit de modifier la liste de prix, en y ajoutant une rubrique que l'adjudicateur n'a pas prévue (cf. arrêt MPU.2013.0027, précité, concernant le pro rata). Pour ce motif également, l'adjudicateur n'avait pas d'autre choix que d'exclure l'offre de la recourante, comme il l'a fait. 8. Le recours doit ainsi être rejeté, en tant qu'il est recevable, et la décision attaquée confirmée. Les frais sont mis à la charge de la recourante, ainsi qu'une indemnité à titre de dépens, en faveur de l'adjudicateur (art. 49, 52, 55 et 56 LPA-VD).

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