

# **VD\_OMNI MPU.2015.0037 vom 25. Januar 2016**

VD Tribunal cantonal, 2016-01-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2015.0037](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2015.0037)

FR: VD\_OMNI MPU.2015.0037 du 25 janvier 2016

IT: VD\_OMNI MPU.2015.0037 del 25 gennaio 2016

## **Regeste**

X. \_\_\_\_\_ SA/Municipalité de Nyon, Y. \_\_\_\_\_ SA | Adjudication de travaux portant sur la réalisation d'abribus. Question laissée indécise de savoir si l'offre de l'adjudicataire, qui a renoncé à facturer certaines prestations mais qui ne semble pas se trouver dans l'impossibilité d'exécuter le marché au prix annoncé, est anormalement basse et aurait dû dès lors être exclue de la procédure (consid. 5). L'offre de l'adjudicataire est en effet incomplète et aurait dû être exclue de la procédure, le défaut n'étant pas véniel. La correction effectuée par l'autorité intimée apparaît en effet problématique pour garantir le respect du principe de l'intangibilité de l'offre et celui de l'interdiction des négociations (consid. 6). Recours admis et marché adjugé à la recourante, classée en seconde position.

## **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**

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 2C\_876/2014 du 4 septembre 2015 destiné à la publication, consid. 3; 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**

La recourante se plaint de la motivation, insuffisante selon elle, de la décision attaquée. a) L'autorité doit indiquer dans son prononcé les motifs qui la conduisent à sa décision (ATF 139 V 496 consid. 5.1 p. 503/504; 138 I 232 consid. 5.1 p. 237; 136 II 266 consid. 3.2 p. 270, et les arrêts cités; cf. art. 42 let. c de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD, RSV 173.36). 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 139 V 496 consid. 5.1 p. 504; 138 I 232 consid. 5.1 p. 237; 136 II 266 consid. 3.2 p. 270, et les arrêts cités). Une éventuelle violation du droit d'être entendu sous cet aspect peut être réparée si le justiciable dispose de la faculté de se déterminer dans la procédure de recours, pour autant que l'autorité de recours dispose d'un plein pouvoir d'examen, en fait et en droit (ATF 135

I 279 consid. 2.6.1 p. 285; 133 I 201 consid. 2.2 p. 204; 132 V 387 consid. 5.1 p. 390 et les arrêts cités). b) En ce qui concerne les marchés publics, l'art. 42 al. 2 RLMP-VD précise que les décisions de l'adjudicateur sont sommairement motivées et indiquent les voies de recours. Sur demande d'un soumissionnaire non retenu pour l'adjudication, l'adjudicateur doit en outre indiquer les motifs essentiels pour lesquels son offre n'a pas été retenue et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue (art. 42 al. 3 RLMP-VD). La motivation d'une décision d'adjudication peut être considérée comme suffisante lorsqu'elle fournit une justification adéquate du choix opéré sur la base des critères d'adjudication fixés dans les documents d'appel d'offres, ce qui signifie qu'elle doit fournir une explication raisonnable des évaluations de chacune des offres, de manière que les concurrents puissent les comparer et soulever d'éventuelles contestations (arrêts MPU.2014.0016 du 26 août 2014, consid. 2; MPU.2012.0039 du 15 juillet 2013, consid. 3; MPU.2012.0016 du 6 décembre 2012, consid. 3, et les arrêts cités). c) La recourante pouvait, à la lecture de la décision attaquée et du tableau d'évaluation des offres qui y était annexé, comprendre que son offre n'avait pas été retenue du fait qu'elle était nettement plus onéreuse que celle de l'adjudicataire. Cette motivation, certes sommaire, lui a permis de développer son argumentation dans le cadre de son recours. Même à supposer que l'autorité intimée ait violé le droit d'être entendue de la recourante, un tel vice pourrait être réparé dans la suite de la procédure. La recourante a pu se déterminer sur la réponse de l'autorité intimée dans le délai de réplique qui lui a été imparti, ainsi qu'à l'audience. La recourante ayant pu compléter ses moyens et son argumentation à cette occasion, il y a lieu d'admettre que l'éventuelle violation du droit d'être entendu de la recourante aurait été guéri dans la présente procédure (cf. arrêts précités MPU.2014.0016; MPU 2012.0039; MPU.2012.0016, et les arrêts cités).

### **E. 3.18**

CFP). 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). 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 du 25 juillet 2011; MPU.2009.0010 du 6 octobre 2009; GE.2005.0090 du 10 avril 2006; GE 2001.0074 du 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 du 2 juillet 2014), omettre de remplir une rubrique de la liste de prix ou ajouter le montant du pro rata contrairement aux instructions de l'adjudicateur (arrêt MPU.2015.0007 du 21 mai 2015). Ont en revanche été jugées excessivement formalistes des décisions d'exclusion portant sur le défaut de signature (arrêt MPU.2013.0021 du 19 décembre 2013; 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 cet égard (arrêt GE.2006.0226 du 20 février 2007). 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). Pour le surplus, l'adjudicateur est libre de configurer le marché comme il l'entend. b) La série de prix distingue onze positions, s'agissant de l'abribus standard, soit: l'ossature et la toiture (A.A.1), les verres dorsaux (A.B.1), les verres latéraux (A.B.1.1), la poubelle spéciale inox (A.C.1), la poubelle additionnelle (A.C.2), le cendrier (A.D.1), l'installation électrique (A.E.1), l'assise (A.F.1), la vitrine (A.G.1), le panneau F200L (A.H.1), le panneau d'affichage (A.J.1). Pour l'abribus light, la série de prix ne contient que trois positions, soit: l'ossature, la toiture et l'équipement (B.A.1), les verres dorsaux (B.B.1), et un verre latéral (B.C.1). En ce qui concerne la position B.A.1, la série de prix renvoie à la position A.A, en précisant que l'assise en bois est plus courte, ainsi qu'en y incluant la poubelle spéciale inox, le cendrier mural et la vitrine d'affichage horaires. L'autorité intimée a constaté que l'offre de l'adjudicataire n'incluait pas les équipements supplémentaires. Elle a dès lors corrigé l'offre de l'adjudicataire en additionnant ses positions unitaires A.C.1, A.D.1, A.E.1, A.F.1 et A.G.1. Cela représente un montant global de 106'500 fr. (20 x 5'325 fr.), soit près de 10% de l'offre de l'adjudicataire. Certes, le montant en question peut se déduire d'autres positions chiffrées par l'adjudicataire et n'est dès lors pas une valeur établie postérieurement au dépôt des offres. La correction ne porte toutefois pas sur un défaut véniel. Les soumissionnaires devaient en effet évaluer en bloc la position B.A.1, comprenant l'ossature, la toiture et l'équipement. L'adjudicataire a chiffré cette position. On ne se trouve ainsi pas dans le cas de figure de l'oubli d'une position unitaire, déjà chiffrée dans une autre partie de l'offre, ou d'une erreur de calcul. L'autorité intimée n'avait aucun moyen de savoir ce qu'incluait véritablement la valeur indiquée par l'adjudicataire à la position B.A.1, même si l'hypothèse la plus probable semble être celle d'un oubli de l'adjudicataire de chiffrer le prix des fournitures relatives aux positions A.C.1, A.D.1, A.E.1, A.F.1 et A.G.1 de la série de prix. L'ajout, postérieurement au dépôt des offres, d'un montant aussi important à l'offre de l'adjudicataire, apparaît ainsi problématique pour garantir le principe de l'intangibilité de l'offre et celui de l'interdiction des négociations. On ne peut en effet exclure que l'autorité intimée ait permis à l'adjudicataire de corriger son offre, tout en l'informant que l'ajout de la valeur omise ne compromettrait pas ses chances d'obtenir le marché, son offre demeurant la plus avantageuse.

#### **E. 4**

La recourante relève ensuite que l'autorité se serait référée à tort à la législation fédérale et aux formulaires KBOB utilisés par les autorités fédérales. Il n'est pas contesté que le présent marché est soumis aux règles cantonales. Dans ces circonstances, la référence à la législation fédérale dans les formulaires KBOB est erronée. Ce seul vice n'a toutefois pas affecté le déroulement de la procédure, de sorte qu'une annulation de la procédure ab ovo, comme le demande la recourante, s'avérerait disproportionnée. L'appel d'offres a en effet fait l'objet d'une publication sur la plateforme Simap, sous la rubrique du canton de Vaud, ainsi que d'une publication dans la FAO, conformément aux exigences de l'art. 11 RLMP-VD. La recourante n'explique pas en l'occurrence en quoi consisteraient les manquements de l'autorité d'adjudication. L'arrêt MPU.2012.0029 du 28 mars 2013 que cite la recourante et qui traite de la compétence *ratione loci* du Tribunal, ne lui est d'aucune utilité.

#### **E. 5**

L'argumentation principale de la recourante consiste à soutenir que l'offre de l'adjudicataire, anormalement basse, aurait dû être exclue. a) D'après l'art. 32 al. 1, 2<sup>e</sup> tiret, let. b RLMP/VD, une offre peut être exclue notamment lorsqu'elle comporte des prix anormalement bas non justifiés selon l'art. 36 RLMP/VD. Cette dernière disposition prévoit ce qui suit: "Si pour un marché donné, des offres paraissent anormalement basses par rapport à la prestation, l'adjudicateur, avant de pouvoir exclure ces offres, demande par écrit les précisions qu'il juge opportunes sur la composition de l'offre. Ces précisions peuvent concerner notamment le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail (...)". Le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation d'exclure une offre si celle-ci s'avère anormalement basse. Il est uniquement tenu de demander des précisions, conformément au droit d'être entendu, lorsqu'il envisage d'exclure une offre; dans un tel cas, il faut permettre au soumissionnaire visé de s'expliquer et de justifier le prix avantageux qu'il offre (cf. ATF 130 I 241 consid. 7.3 p. 255). En effet, une offre anormalement basse ne constitue pas en soi un procédé inadmissible (cf. Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n° 1115, p. 517 ss), pour autant que le soumissionnaire remplisse les critères d'aptitude et les conditions légales réglementant l'accès à la procédure (cf., pour ces notions, ATF 140 I 285 consid. 5.1 p. 293 s.), ce que l'autorité adjudicatrice doit vérifier en requérant des précisions en cas de doute à ce sujet (cf. ATF 2C\_876/2014 du 4 septembre 2015 destiné à la publication, consid. 8.3.2; 141 II 14 consid. 10.3 p. 48). Cette règle se rattache également au droit d'être entendu, en ce sens qu'elle permet au candidat dont l'offre paraît anormalement basse d'expliquer les raisons pour lesquelles il a formulé un prix donné; celles-ci peuvent être dues aussi bien à des méthodes de fabrication particulièrement économiques, à des conditions inhabituellement favorables, dont le soumissionnaire peut profiter, ou à l'originalité de la prestation proposée (v. Robert Wolf, *Der Angebotspreis : Probleme und Lösungen*, in *Droit de la construction, Colloque marchés publics 04, Sonderheft 2004*, p. 12 s., not. 13 et les références citées). Elle exclut ainsi un régime dans lequel l'élimination de certaines offres (par exemple, celles dont le prix serait inférieur de 30% à la moyenne des autres) serait automatique. En revanche, il paraît admissible de fixer un seuil de ce type (pour reprendre l'exemple cité ci-dessus: celui d'une offre inférieure de 30% à la moyenne des autres) pour déclencher l'obligation du pouvoir adjudicateur de demander des explications au soumissionnaire, afin qu'il justifie son prix (v. arrêt GE.2001.0072 du 12 octobre 2001, ainsi que les nombreuses références citées), cela quand bien même le droit vaudois ne connaît pas un régime de ce type. Le prix anormalement bas se mesure par rapport au niveau moyen des prix, considéré comme prix normal; un écart important par rapport à cette norme constitue l'indice d'un prix anormalement bas. Il s'agit là toutefois d'une simple présomption, réfragable; l'auteur de l'offre peut la renverser, en démontrant qu'elle repose sur des procédés innovateurs et avantageux, ou sur une organisation particulièrement efficace de la réalisation du projet (arrêts MPU.2014.0003 du 4 août 2014 consid. 5a; MPU 2013.0003 du 29 mai 2013 consid. 3a; GE.2007.0189 du 28 janvier 2008 consid. 4a). Sur le plan matériel, la règle prescrite à l'art. 32 2<sup>e</sup>ème paragraphe let. b RLMP-VD doit être comprise en ce sens que chaque soumissionnaire doit être en mesure de remplir les conditions de participation et de satisfaire aux modalités du marché, en d'autres termes qu'il lui est normalement possible d'exécuter le travail selon les règles de l'art. Sous l'empire de l'art. 33 let. 1 RLMP-VD dans sa teneur du 8 octobre 1997, la règle parlait d'une exécution normale des travaux; elle n'excluait cependant pas la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de mettre à profit des avancées technologiques (v. sur ce point, Wolf, op. cit., p. 13). Il peut en aller de même dans l'hypothèse où le soumissionnaire établit qu'il a retenu

une organisation particulièrement performante pour la réalisation du projet. En revanche, conformément au but poursuivi par cette règle, on ne peut parler d'exécution du marché dans des conditions normales lorsque le soumissionnaire présente une offre qui impliquerait pour lui de travailler à perte (v. arrêt GE.2001.0072 précité). Cette règle ne saurait toutefois dispenser le pouvoir adjudicateur de s'assurer, en présence d'une offre anormalement basse, qu'il est possible au moins disant d'exécuter le travail selon les règles de l'art (ibid.). Cette exigence sera réputée non remplie lorsque la prestation est proposée en dessous du prix de revient ou lorsque la somme de toutes les positions ne permet pas d'espérer un gain approprié ou ne permet de s'y attendre que si le travail n'est pas exécuté correctement (v. Nicolas Michel, Droit public de la construction, Fribourg 1996, p. 391 n° 1952 et p. 392 n° 1959). En définitive, l'examen de la sous-enchère doit, en droit vaudois, se faire en deux temps. En premier lieu, il convient de vérifier si la règle de procédure de l'art. 36 RLMP-VD a été respectée. Ensuite, il y a lieu d'examiner si les règles de fond consacrées par l'art. 32 RLMP-VD ont été violées (v. arrêts MPU.2014.0003 du 4 août 2014 consid. 5a; MPU 2013.0003 du 29 mai 2013 consid. 3a ). b) Le dossier d'appel d'offres ne contient pas une règle fixant un seuil à partir duquel l'adjudicateur doit procéder à des vérifications, en présence d'une offre anormalement basse. La partie A du formulaire KBOB prévoit seulement un contrôle des prix unitaires avec des grandes différences de prix entre les soumissionnaires (cf. p. 4). L'offre de l'adjudicataire, même avec les corrections qui y ont été apportées par l'adjudicateur, se monte à 1'178'126,60 fr. Elle est ainsi notablement inférieure à celle des autres soumissionnaires, qui ont tous offert des prix supérieurs à 1'600'000 fr. Par rapport à la moyenne des autres offres, qui s'élève à 1'744'545,10 fr.  $(1'756'836,20 + 1'852'208,90 + 1'624'590,25 / 3)$ , l'offre corrigée de l'adjudicataire est ainsi inférieure d'environ 33%. Il s'ensuit que l'autorité intimée devait permettre à l'adjudicataire de justifier ses prix. Il semble que l'autorité intimée a satisfait aux exigences procédurales de l'art. 32 RLMP, puisqu'elle a aménagé une séance, en vue d'entendre l'adjudicataire sur la question du prix. Il est vrai que le procès-verbal dressé à cette occasion ne contient pas le compte rendu des justifications prétendument apportées par l'adjudicataire à ses prix et apparaît en ce sens lacunaire. Dans la mesure toutefois où l'autorité intimée, dans le cadre de ses écritures, a développé ce point, une exclusion de l'offre de l'adjudicataire pour ce seul motif procédural apparaîtrait excessive. Reste dès lors à examiner si l'autorité intimée pouvait se satisfaire des explications de l'adjudicataire. L'écart le plus important entre les différents soumissionnaires est celui qui peut être observé, s'agissant des positions A.A.1 et B.A.1, soit celles ayant trait à l'ossature et à la toiture des abribus standard et light. La problématique de l'offre anormalement basse se pose dès lors principalement sur ce point. Il n'est pas contesté que l'adjudicataire a plus d'expérience que la recourante dans la réalisation d'abribus, ce qui lui permet assurément de rationaliser le processus de montage et d'évaluer au plus juste son coût réel. De même, son choix de ne pas sous-traiter la pose du verre lui permet d'économiser la marge que prélèverait son sous-traitant. Comme le relève toutefois à juste titre la recourante, ces avantages dont dispose l'adjudicataire ne permettent pas de justifier la totalité de la différence de prix constatée entre l'offre de l'adjudicataire et celle des autres soumissionnaires en lien avec la fourniture de l'ossature et de la toiture des abribus. En effet, les explications de la recourante et de l'adjudicataire n'ont pas mis en évidence des écarts substantiels, s'agissant en particulier du temps consacré au montage des abribus. Le choix de l'adjudicataire d'assembler déjà en atelier l'ossature et la toiture des abribus, contrairement à la recourante qui procède à cette opération sur place, ne lui permet d'escompter qu'un faible gain de temps, tout comme son choix de souder les vitres - au lieu

de les visser. L'adjudicataire a en effet expliqué à l'audience qu'elle avait renoncé à facturer les coûts d'étude et d'élaboration des plans d'exécution, qui correspondent aux frais engagés au stade de la préparation de l'offre. On peut se demander si ce procédé est admissible, étant précisé que l'on ne peut pas déduire de ces seules explications que l'adjudicataire se trouvera dans l'impossibilité d'exécuter le marché au prix annoncé. Il n'est toutefois pas nécessaire d'examiner plus avant la problématique consistant à déterminer si l'adjudicataire travaillera à perte et si cette seule circonstance justifie son exclusion, son offre devant de toute façon être exclue pour un autre motif.

#### **E. 6**

Selon la recourante, l'autorité intimée aurait procédé à une correction prohibée de l'offre de l'adjudicataire, laquelle ne pouvait être qu'exclue. 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.

#### **E. 7**

Il suit de ce qui précède que l'autorité intimée n'avait d'autre choix, pour garantir les principes de transparence et d'égalité entre les soumissionnaires, que d'exclure l'offre incomplète de l'adjudicataire. Le marché doit dès lors être attribué à la recourante, dont l'offre est classée en deuxième position. Dans ces circonstances, il n'est pas nécessaire d'examiner si, comme le prétend la recourante, l'autorité intimée a eu recours à des spécifications techniques prohibées par l'art. 16 RLMP-VD, ni si l'exclusion de l'adjudicataire se justifiait pour d'autres motifs. Il en va de même, s'agissant du reproche que la recourante a formulé à l'issue de l'audience, en lien avec une éventuelle préimplication de l'adjudicataire.

#### **E. 8**

Le recours doit ainsi être admis. La décision attaquée est réformée en ce sens que Y.\_\_\_\_\_ est exclue de la procédure et le marché litigieux est octroyé à la recourante, classée deuxième selon le tableau d'évaluation des offres. Les frais sont mis à la charge de l'autorité intimée, l'adjudicataire n'ayant pas pris de conclusions formelles. L'autorité intimée versera en outre à la recourante une indemnité de dépens.