

VD_OMNI MPU.2016.0019 vom 14. Dezember 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-12-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2016.0019

FR: VD_OMNI MPU.2016.0019 du 14 décembre 2016

IT: VD_OMNI MPU.2016.0019 del 14 dicembre 2016

Regeste

A. _____, Municipalité de Romanel-sur-Lausanne, B. _____ | Appel d'offres portant sur la fourniture et la pose de conteneurs enterrés, ainsi que sur la maintenance de ceux-ci durant 5 ans, sans autres précisions sur la nature des prestations de maintenance. Lors de l'ouverture des offres, le pouvoir adjudicateur constate qu'un des 4 soumissionnaires n'a pas chiffré les coûts de la maintenance. Après avoir communiqué le procès-verbal d'ouverture des offres, il précise en quoi consistent les prestations de maintenance et demande aux 4 soumissionnaires de lui indiquer le coût de ces prestations. Principe de stabilité de l'appel d'offres (consid. 3) et principe d'intangibilité de l'offre (consid. 4). Un soumissionnaire ne peut en principe s'abstenir de chiffrer le coût de ses prestations, ni donner un prix approximatif, sous peine d'exclusion. De son côté, le pouvoir adjudicateur doit établir un cahier des charges clair et complet; il supporte les conséquences d'un manquement y relatif (consid. 5c).

Erwägungen

E. 1

Déposé dans les délais et forme prescrits (art. 10 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics [LMP-VD; RSV 726.01]), le recours est recevable. En outre, en tant que soumissionnaire évincé arrivé en deuxième position, la recourante a incontestablement la qualité pour recourir. Il y a donc lieu d'entrer en matière.

E. 2

Dans le domaine des marchés publics, le pouvoir d'examen de la cour dépend de la nature des griefs invoqués. L'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, s'agissant notamment de l'évaluation des offres (arrêts MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 3; MPU.2015.0056 du 29 février 2016 consid. 2; MPU.2015.0012 du 30 juin 2015 consid. 2 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, partant à une violation grossière du texte de loi et de sa réglementation d'application, que le tribunal intervient. En revanche, il contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (cf. ATF 141 II 353 consid. 3; 125 II 86 consid. 6; arrêts précités MPU.2016.0006 consid. 3; MPU.2015.0056 consid. 2; MPU.2015.0012 consid. 2 et les arrêts cités; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, 2014, no 420, p. 269).

E. 3

a) L'appel d'offres et, par conséquent, le contenu des documents d'appel d'offres sont des éléments déterminants de la procédure des marchés publics. En effet, l'appel d'offres est l'acte qui ouvre la procédure de marchés publics et constitue une décision susceptible de

recours au sens du droit suisse (Poltier, op. cit., p. 176). Ces documents doivent comporter un cahier des charges, lequel doit être clair et complet, ce qui contribue à rendre les offres comparables entre elles (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd., 2013 , no 383). L 'adjudicateur doit assumer les conséquences d'un manquement y relatif , même si les soumissionnaires ont de leur côté un devoir de poser des questions lorsque les documents de l'appel d'offres ne sont pas clairs, devoir qui ne saurait toutefois être défini de manière trop large (Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., nos 384, 387 et 674, avec les renvois à la jurisprudence et à la doctrine). Les documents d'appel d'offres s'imposent non seulement au soumissionnaire, dont l'offre sera exclue si elle n'en respecte pas les prescriptions et conditions (art. 32 al. 1, 2 ème tiret, let. a du règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics [RLMP-VD; RSV 726.01.1]), mais également au pouvoir adjudicateur qui se trouve lié par leur contenu et n'est pas libre de les modifier comme il l'entend après leur publication (TF 2P.151/1999 du 30 mai 2000 consid. 4c). C'est ce qu'instaure le "principe de stabilité de l'appel d'offres" en vertu duquel une modification de l'appel d'offres ou du dossier d'appel d'offres ne devrait plus être admissible postérieurement au dépôt, respectivement à l'ouverture des offres, au risque de porter atteinte aux principes de transparence, d'égalité de traitement des soumissionnaires, ainsi qu'au principe d'intangibilité des offres (TF 2P.97/2005 du 28 juin 2006 consid. 4.4; MPU.2015.0001 du 18 juin 2015 consid. 4a; MPU.2013.0019 du 20 novembre 2013 consid. 3b/bb et les références citées; Poltier, op. cit., p. 163; Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., no 830; Alexis Leuthold, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, thèse Fribourg 2009, p. 113 ss; Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz – Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnahme des Gemeinwesens, thèse Fribourg 2004, p. 215 ss). Le principe de stabilité de l'appel d'offres vaut tant pour les conditions de conclusion du contrat (" Vertragsabschlussbedingungen "), par exemple les conditions fixées par l'adjudicateur pour la qualification des candidats, que pour les exigences relatives au contenu du contrat (" Vertragsinhaltsbedingungen "), par exemple le cahier des charges (ATF 130 I 241 consid. 4.2; TF 2C_107/2007 du 22 janvier 2008 consid. 2.1; 2P.151/1999 du 30 mai 2000 consid. 4c). Cela provient de ce que ces différents éléments font tous partie intégrante de l'appel d'offres (Alexis Leuthold, Angebotsänderungen im laufenden Vergabeverfahren – Praxisnaher Kompromiss statt rigider Formstrenge, in BR/DC 3/2009 p. 110). Dans ce contexte, si la modification d'un élément important du projet postérieurement à l'ouverture des offres est inadmissible et entraîne l'interruption et le renouvellement du marché (art. 13 al. 1 let. i de l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 [AIMP; RSV 726.91]; art. 8 al. 2 let. h LMP-VD et 41 al. 1 let. e RLMP-VD; Poltier, op. cit., p. 218), certains auteurs sont d'avis qu'une modification d'importance secondaire doit rester possible, moyennant le respect de certaines conditions (arrêts précités MPU.2015.0001 consid. 4b; MPU.2013.0019 consid. 3.b/bb; Leuthold, op. cit., in BR/DC 3/2009 p. 111, Hubert Stöckli, Bundesgericht und Vergaberecht – Zur vergaberechtlichen Praxis des Bundesgerichts seit 1998, in BR/DC 1/2002, p. 10 ss). C'est également l'approche retenue par le Tribunal administratif – auquel a succédé la Cour de céans – dans le cadre d'un appel d'offres fonctionnel (GE.2003.0038 du 4 juillet 2003; voir également la note Esseiva in BR/DC 2/2004 p. 70 S37 qui approuve cette jurisprudence). Selon cet arrêt, une modification postérieure au dépôt des offres est possible aux conditions suivantes : la modification du projet ne peut porter que sur des éléments d'importance secondaire, une interruption de la procédure étant, dans le cas contraire, nécessaire; les soumissionnaires dont les offres ont été prises en considération

dans le processus d'évaluation doivent être tous informés de ce changement de manière non discriminatoire; ils doivent en outre disposer du temps nécessaire pour recalculer l'intégralité de leur offre, dans la mesure où la modification du projet est en effet de nature à modifier l'équilibre économique de celle-ci. Un tel procédé est cependant susceptible d'entraîner des abus de la part du pouvoir adjudicateur, de sorte que les soumissionnaires devraient être invités à donner leur accord à cette procédure complémentaire. à l'inverse, les soumissionnaires ne doivent pas profiter de la modification pour adapter leurs offres dans une mesure qui excéderait ce que commande ladite modification, au risque de porter atteinte aux principes d'intangibilité des offres (consid. 3b et 3c/cc) . Dans le cadre des marchés publics cantonaux, l'obstacle principal à l'admissibilité de modifications postérieurement au dépôt et à l'ouverture des offres provient de ce qu'un tel procédé serait contraire au principe d'interdiction des négociations (Poltier, op. cit., p. 219; Christoph Jäger, in Bernisches Verwaltungsrecht, 2 ème éd., 2013, p. 842; Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit. , no 827). En effet, les art. 11 al. 1 let. c AIMP et 6 al. 1 let. c LMP-VD interdisent les "rounds de négociations", ce qui a été concrétisé par l'art. 35 RLMP-VD, aux termes duquel les négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires sur les prix, les remises de prix et modifications des prestations sont interdites. La sanction d'une éventuelle violation sera rigoureuse, soit l'exclusion de l'offre, puisque les négociations aboutiront, en général, à une modification de celle-ci (Poltier, op. cit., p. 197). L'arrêt GE.2003.0038 précité concernait le cas particulier d'un appel d'offres fonctionnel, lequel est, par nature moins précis et détaillé qu'un appel d'offres "ordinaire" et appelle un travail de concrétisation important de la part des soumissionnaires, ce qui implique que le maître de l'ouvrage sera fréquemment amené à préciser ses besoins postérieurement à l'appel d'offres et au dépôt des offres. L'arrêt MPU.2015.0001 précité a toutefois repris les règles posées par cette jurisprudence en relation avec les appels d'offres "ordinaires". Selon cet arrêt, rien ne justifie d'exclure, par principe, toute modification des appels d'offres une fois les offres déposées et ouvertes au motif que cela serait contraire au principe d'interdiction des négociations. Il se justifie plutôt d'examiner, de cas en cas, si la modification envisagée répond aux conditions rappelées précédemment, en particulier concernant son caractère accessoire, et si elle tombe par ailleurs sous le coup de l'interdiction des négociations. À défaut, le pouvoir adjudicateur se trouverait systématiquement confronté à devoir choisir, dans le cas où une modification de l'appel d'offres apparaîtrait nécessaire après l'ouverture des offres, entre la renonciation à la modification en question – pour peu qu'il lui soit, dans les faits, loisible d'y renoncer – et l'interruption pure et simple de la procédure d'appel d'offres (art. 41 al. 1 let. e RLMP-VD). Il s'agirait d'une alternative par trop rigoureuse, en particulier si la modification en cause s'avérait, par hypothèse, d'ordre accessoire et que les principes cardinaux des marchés publics étaient au surplus respectés (consid. 4e/bb). b) Dans une affaire zurichoise (arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 9 mai 2012, VB.2011.00714) où le procès-verbal d'ouverture des offres avait déjà été communiqué, le pouvoir adjudicateur avait décidé de modifier le projet objet du marché et de demander aux soumissionnaires une offre complémentaire ("Nachtragsofferte"). Dans la procédure de recours qui s'en est suivie, le Tribunal administratif a examiné s'il y avait eu des négociations dissimulées, comme le prétendait l'entreprise recourante. Il a pour ce faire recherché si le dépôt de l'offre complémentaire avait eu pour effet de modifier le rapport prix/prestation par rapport à l'offre initiale. Constatant que tel n'était pas le cas, il a rejeté le recours. Selon Galli/Moser/Lang/Steiner, ce résultat était admissible si l'offre complémentaire portait seulement sur de nouveaux postes (de prestations), de sorte que l'offre initiale n'était pas

touchée. Ces auteurs doutent que cette condition ait été réalisée: avec la modification, certains éléments du projet initial avaient disparu. Par conséquent, une manipulation du prix ne pouvait être exclue et il aurait fallu trancher en défaveur du pouvoir adjudicateur, qui était à l'origine de la modification du projet. D'ailleurs, même dans le cas où l'offre complémentaire porte uniquement sur de nouveaux postes, le fait de demander une telle offre ne va selon eux pas sans poser problème, car le pouvoir adjudicateur effectue nécessairement une appréciation d'ensemble, de sorte que l'offre complémentaire a une incidence sur l'offre initiale (op. cit., no 723). D'après Martin Beyeler, le rapport prix/prestation est un critère pertinent pour distinguer une adaptation justifiée du prix d'un rabais inadmissible ou concédé en violation de l'interdiction des rounds de négociations. Ce critère est certes plus difficile à appliquer lorsque l'offre complémentaire porte sur des prestations nouvelles, que lorsqu'il s'agit de prestations identiques ou similaires. Par ailleurs, un concurrent est libre de déposer une offre complémentaire plus chère que l'offre initiale. En revanche, l'offre complémentaire ne peut – sous l'angle de l'interdiction des rounds de négociations – être plus avantageuse que l'offre initiale, étant précisé que c'est la marge bénéficiaire qui est déterminante (note Beyeler ad arrêt précité, in: BR/DC 4/2012 p. 270 S178).

E. 4

a) En matière de marché public prévaut le principe de l'intangibilité de l'offre à l'échéance du délai ("Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote"), lequel découle du principe de l'interdiction des négociations entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires, consacré à l'art. 35 al. 1 RLMP-VD (Poltier, op. cit., no 354; Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., no 710). Le principe de l'intangibilité de l'offre est du reste rappelé à l'art. 29 al. 3 RLMP-VD. Cela signifie qu'une offre ne doit en principe s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (TF 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1). En revanche, les erreurs évidentes de calcul et d'écritures peuvent être corrigées (art. 33 al. 2 RLMP-VD). En outre, toujours selon la réglementation cantonale, l'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur offre de même qu'à leur aptitude et à celle de leurs sous-traitants (art. 34 al. 1 RLMP-VD). Cette possibilité exprime la tendance actuelle dans la plupart des cantons qui permet de tempérer une application trop formaliste du principe de l'intangibilité des offres selon laquelle il y aurait lieu d'exclure un soumissionnaire dès qu'une offre est incomplète, quelle que soit l'importance du manquement (cf. TF 2C_418/2014 précité consid. 4.1; 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.3 et les auteurs cités). La distinction entre ce qui relève de la correction des erreurs et de la clarification des offres (admissible) et ce qui ressortit à la modification des offres contraire au principe de l'intangibilité peut se révéler délicate (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 p. 374 et les réf. à Poltier, op. cit., no 223 p. 222; exemples cités par Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., nos 713 ss p. 313 ss). S'il est interdit à l'adjudicateur de modifier l'offre qui lui est soumise, 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 (arrêts MPU.2015.0016 du 26 mai 2015, consid. 3c; MPU.2013.0013 du 2 juillet 2014, consid. 3b; MPU.2013.0027 du 4 février 2014, consid. 3b). On est en présence de négociations prohibées lorsque, après avoir eu connaissance du procès-verbal d'ouverture des offres, un soumissionnaire saisit l'occasion d'une demande d'explication du pouvoir adjudicateur pour consentir un rabais. Dans un tel cas, l'intéressé connaît en effet l'écart de prix qui sépare son offre de celle de son concurrent (Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., no 722). b) Dans l'affaire MPU.2013.0013 précitée, le

soumissionnaire et adjudicataire avait, postérieurement à l'ouverture des offres, corrigé la sienne pour tenir compte de certains coûts omis auparavant (coût du "foisonnement" dans le prix de transport à la décharge). Cette correction ne constituant pas une simple modification arithmétique, mais portant sur les bases de calcul de l'un des postes de la soumission, la Cour de céans a considéré que c'était en violation du principe de l'intangibilité des offres que le marché avait été adjugé à ce soumissionnaire, qui aurait dû être exclu. Elle a par conséquent admis le recours et réformé la décision attaquée en ce sens que le marché était adjugé à la société recourante, arrivée en deuxième position au classement. L'affaire GE.2006.0210 concernait un marché de tri, de recyclage et d'incinération des déchets, pour lequel un des trois soumissionnaires avait déposé une offre comportant une variante dont le prix incluait une plus-value pour une collecte bihebdomadaire dans l'ensemble des 56 communes concernées. Les deux autres entreprises avaient soumissionné sans plus-value; elles savaient en effet que seules trois communes sur les 56 nécessitaient deux collectes par semaine. Lors d'une séance de clarification tenue après l'ouverture des offres, l'adjudicateur avait réduit le prix de la variante (613'641 fr.) du montant de la plus-value (248'511 fr.), en alignant celle-ci sur les offres concurrentes, afin de les rendre comparables. Saisi d'un recours contre l'adjudication du marché au soumissionnaire auteur de la variante, le Tribunal administratif l'a rejeté. Il a considéré que la correction de l'offre à laquelle avait procédé l'adjudicateur était critiquable, mais n'avait pas porté à conséquence, car elle concernait "un élément marginal du prix" (arrêt précité consid. 6a/bb). Le Tribunal fédéral a rejeté le recours – traité comme un recours constitutionnel subsidiaire – dirigé contre cet arrêt. Il a considéré que la correction à laquelle l'adjudicateur avait procédé sans autre examen n'allait pas de soi, au vu de l'importance du montant en jeu. Toutefois, cela n'apparaissait pas insoutenable au vu des circonstances particulières du cas, à savoir l'ambiguïté du dossier d'appel d'offres concernant le nombre de communes susceptibles d'exiger une récolte bihebdomadaire des déchets et le risque limité que d'autres communes que les trois en question ne forment une telle demande. A cela s'ajoutait que l'entreprise recourante disposait de moins d'informations concernant les besoins des communes que ses concurrentes, qui assuraient déjà la collecte des déchets dans la région (arrêt 2C_107/2007 du 22 janvier 2008 consid. 2.2). L'arrêt GE.2001.0074 du 12 décembre 2001 (rendu sous l'empire de l'ancien règlement du 8 octobre 1997 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics, en vigueur jusqu'au 31 août 2004) concernait un mandat relatif aux installations de surveillance et de sécurité dans le cadre du prolongement du métro M2, à Lausanne. Deux consortiums avaient déposé des offres, que le groupe d'évaluation des offres (GEO) avait considérées comme lacunaires. Celui-ci avait par conséquent invité l'un des consortiums à compléter ses réponses concernant plusieurs critères de présélection; il s'agissait notamment de faire en sorte que, sur le plan de son organisation, sa correspondance interne avec le maître de l'ouvrage soit simplifiée. Quant à l'autre consortium, le GEO avait insisté sur la faiblesse de son organisation, appelant de ses vœux que le projet soit piloté par une autre entreprise que celle prévue dans l'offre. Le consortium avait accédé à la demande et cette modification de l'offre apparaissait comme décisive dans la notation qui avait immédiatement précédé l'adjudication. Le Tribunal administratif a considéré que l'autorité intimée disposait certes, postérieurement au dépôt des offres, de la faculté d'exiger de chacun des soumissionnaires des compléments aux offres jugées lacunaires, voire même de requérir des modifications de leurs prestations; elle ne pouvait le faire toutefois qu'en observant strictement les exigences de transparence et d'égalité de traitement entre soumissionnaires (consid. 2c). Or, ces exigences n'avaient pas été

respectées en l'occurrence. En effet, un manque de rigueur flagrant dans la fixation des délais avait eu pour effet de rendre la procédure fort peu transparente; seul un des deux consortiums avait en outre eu la possibilité de modifier son offre, sur un point essentiel et cette modification apparaissait comme décisive pour l'adjudication. Du reste, on pouvait se demander si cette modification n'était pas intervenue dans le cadre de négociations, lesquelles sont prohibées. Dans ces conditions, le Tribunal administratif a annulé la décision attaquée; il incombait au pouvoir adjudicateur de décider à quel stade il entendait reprendre la procédure.

E. 5

a) En l'occurrence, la recourante relève qu'il existe une différence importante (de 57'618 fr.) entre le montant de l'offre initiale de l'adjudicataire selon le procès-verbal d'ouverture des offres du 14 mars 2016, soit 617'815 fr. et le montant correspondant retenu dans la décision attaquée, soit 675'433 fr. Selon elle, cela démontrerait que l'offre de l'adjudicataire était incomplète, ce qui aurait dû entraîner l'exclusion de cette dernière. Au lieu de cela, l'offre a été complétée, en violation du principe d'intangibilité des offres. La recourante se plaint également d'une violation du principe de la traçabilité: elle ignore ce qui a été modifié dans chacune des offres remises, ainsi que les conséquences de ces modifications sur les évaluations des offres et le classement des soumissionnaires. Dans le même contexte, elle soulève encore les griefs de violation de son droit d'être entendue, du principe de la proportionnalité, ainsi que de l'interdiction de l'arbitraire. Elle reproche également à l'autorité intimée de n'avoir pas clairement décrit les prestations attendues des soumissionnaires. Dans sa réplique, la recourante fait valoir que, par le procès-verbal d'ouverture des offres, les soumissionnaires connaissaient les prix offerts par leurs concurrents. En outre, par le tableau joint au courriel de l'autorité intimée du 2 mai 2016, l'adjudicataire savait qu'elle était la seule à n'avoir pas chiffré la maintenance. Dans ces conditions, selon la recourante, "l'on ne peut pas s'empêcher de penser que l'adjudicataire qui connaissait le montant des offres de ses concurrents et savait qu'elles incluaient la maintenance, n'a eu qu'à adapter son coût pour la maintenance de manière à ce que son offre ainsi complétée reste la plus économiquement favorable". Preuve en est selon la recourante que le coût de la maintenance offert par l'adjudicataire ne correspond pas au prix du marché. Celui-ci serait de 250 fr. par unité (lavage complet), sans compter les frais de transport, prix que la recourante applique elle-même. Pour 97 unités, le coût de la maintenance durant 5 ans serait ainsi de plus de 120'000 fr. pour un lavage par année et de plus de 240'000 fr. pour deux lavages annuels. Le prix offert par l'adjudicataire, soit 57'618 fr. (ce qui correspond à env. 118 fr. par unité pour un lavage annuel [$57'618 : 5 : 97 = 118.80$]), serait ainsi anormalement bas; l'autorité intimée aurait par conséquent dû demander des explications à l'adjudicataire, ce d'autant qu'elle ne pouvait ignorer le prix du marché, puisque l'un de ses mandataires dans le marché litigieux avait auparavant, en qualité de municipal de la commune de Chavornay, adjugé un autre marché à la recourante et connaissait par conséquent les prix pratiqués par cette dernière pour la maintenance. b) L'autorité intimée fait valoir que, dans le cadre d'une épuration – admissible – des offres, afin de rendre celles-ci comparables entre elles, elle a demandé des précisions claires et exhaustives à l'ensemble des soumissionnaires. L'offre de la recourante n'a pas été adaptée, puisque le montant total restait inchangé à 734'103 fr. (les montants des différents postes étant répartis autrement). L'offre de B. _____ a été augmentée de 57'618 fr., pour tenir compte des indications communiquées le 11 mai 2016. Cette "légère correction" est parfaitement traçable et ne biaise pas l'égalité entre soumissionnaires. Toutes les offres ont

été majorées du montant du lavage, sauf celle de la recourante, qui le comprenait déjà. c) Le DAO mentionne la maintenance (p. 2: "Maintenance forfaitaire de 97 unités sur une durée de 5 ans) sans autres indications. Lors de l'ouverture des offres, l'autorité intimée a constaté que celles-ci n'étaient pas comparables s'agissant de la maintenance: - La recourante offrait une maintenance comprenant le lavage des conteneurs; son prix était inclus dans le montant global de l'offre; aucun montant n'était donc indiqué pour la maintenance. - D. _____ a indiqué un coût de 27'730 fr. pour la maintenance. - C. _____ a mentionné un montant de 43'650 fr. pour la maintenance. - B. _____ a indiqué 0 fr., en précisant ailleurs qu'elle ne pouvait donner un prix pour la maintenance, du moment qu'elle ignorait en quoi consistait cette prestation. Dans ces conditions, l'autorité intimée a précisé, par courriel du 2 mai 2016 auquel était joint le tableau reproduit ci-dessus (let. B), en quoi consistaient les prestations de maintenance et a demandé aux soumissionnaires d'indiquer leur prix pour de telles prestations. Le tableau mentionnait deux maintenances par année. Dans son courriel du 4 mai 2016, l'autorité intimée a demandé aux soumissionnaires de donner leur prix également pour une seule maintenance par année. On peut se demander si, en procédant de la sorte, l'autorité intimée n'a pas modifié l'appel d'offres. Dans son écriture finale, l'autorité intimée soutient que tel n'est pas le cas. Elle ajoute qu'à supposer que l'on retienne le contraire, elle était en droit de le faire en vertu du ch. 7.13 du DAO, du moment que la modification portait sur un point secondaire. On ne saurait toutefois dire que les prestations de maintenance constituaient un point secondaire: ces prestations constituaient l'un des six postes de l'offre (cf. let. A ci-dessus) et leur coût représentait respectivement environ 8,5% (B. _____, avec une maintenance par année), 35% (A. _____, avec deux maintenances annuelles), 20,8% (C. _____, avec une maintenance par année) et 20,5% (D. _____, avec une maintenance annuelle), soit une part relativement importante du montant total TTC retenu dans la décision attaquée. Quant à dire s'il y a eu modification sur ce point, cela est difficile, du moment que les prestations en question n'étaient nullement décrites dans le DAO. En réalité, le DAO a sur ce point plutôt été complété que modifié. Il a été complété dans la mesure où des prestations qui étaient déjà demandées ont été définies, d'ailleurs dans un sens large (maintenance comprenant un lavage, allant au-delà de la "petite maintenance"). Une offre complémentaire a été demandée pour les prestations ainsi décrites. On n'est donc pas dans la situation où une offre complémentaire est demandée pour des prestations (entièrement) nouvelles (cf. à ce sujet consid. 3b ci-dessus). Quant à savoir si l'autorité intimée pouvait demander une offre complémentaire pour les prestations de maintenance nouvellement définies ou si elle devait interrompre la procédure et la recommencer, on observe que le complètement de l'appel d'offres n'obéit pas nécessairement aux mêmes conditions que sa modification. La question n'a pas à être tranchée en l'espèce. Il suffit de relever qu'en procédant à ce complètement (avec demande d'offre complémentaire) après avoir communiqué le procès-verbal d'ouverture des offres aux soumissionnaires (et cela alors qu'il ne devait être distribué qu'"après la fin des démarches de vérification de l'ensemble des offres" [DAO ch. 7.5]), l'autorité intimée a pris le risque que ceux-ci saisissent l'occasion du dépôt de l'offre complémentaire pour ajuster leur offre globale en fonction de celles de leurs concurrents (cf. Poltier, op. cit., no 295 p. 185). Or, tel est bien ce qui s'est passé. Cela vaut en particulier pour l'adjudicataire (le montant de son offre complémentaire est en effet particulièrement bas, en comparaison avec ceux de ses concurrents [118 fr. par unité, contre 250 fr. pour la recourante]; l'adjudicataire, qui n'a pas procédé, n'a pas justifié cet écart important), qui était le seul soumissionnaire à n'avoir pas chiffré le coût de la maintenance et a ainsi été avantagé. Mais cela vaut

également – comme l'autorité intimée le relève elle-même dans son écriture finale (en relation avec l'offre, postérieure à la décision attaquée, d'un montant global de 615'810 fr. 60) – pour la recourante, qui a maintenu son offre globale de 734'103 fr. avec deux entretiens par année, alors que l'offre initiale portait sur une seule maintenance (cf. let. B ci-dessus et procès-verbal d'audience). L'offre complémentaire de la recourante a donc rendu son offre globale plus avantageuse (sans justification économique apparente), ce qui n'est pas admissible sous l'angle de l'interdiction des rounds de négociations (cf. consid. 3b ci-dessus). Ainsi, le complètement de la procédure d'appel d'offres après l'ouverture des offres et la communication du procès-verbal aux soumissionnaires s'est fait en violation des principes d'interdiction des négociations et d'égalité de traitement. Dans ces conditions, la décision attaquée doit être annulée. L'adjudication du marché à la recourante n'entre pas en ligne de compte, puisque celle-ci a également pu ajuster son offre après avoir eu connaissance des montants offerts par ses concurrents; en outre, la seule offre qu'elle a déposée dans les délais impartis, avant le prononcé de la décision attaquée, porte sur deux maintenances par année. Il se justifie dès lors de retourner le dossier à l'autorité intimée afin qu'elle recommence la procédure d'appel d'offres et d'adjudication. Cela s'impose d'autant plus que les offres n'étaient pas entièrement comparables entre elles: l'autorité intimée a comparé les offres des trois soumissionnaires qui avaient chiffré le coût d'une maintenance par année avec celle de la recourante qui portait sur deux maintenances par année. Comme cela vient d'être rappelé, l'offre de la recourante pour une seule maintenance annuelle est en effet postérieure au prononcé de la décision attaquée. On ne saurait d'ailleurs à cet égard reprocher à l'autorité intimée de n'avoir pas calculé elle-même le montant de l'offre de la recourante à partir du prix unitaire de 250 fr. figurant sur le tableau reproduit ci-dessus (let. C). Il faut en effet convenir avec l'autorité intimée qu'un tel procédé aurait été hasardeux: il n'allait pas de soi que le coût d'une seule maintenance fût la moitié de celui de deux entretiens; dans les offres complémentaires de C._____ et de B._____, ce rapport n'était pas respecté, une seule maintenance coûtant proportionnellement plus cher. Compte tenu de l'issue de la procédure, il n'est pas nécessaire de trancher le point de savoir si l'adjudicataire aurait dû être exclu du fait qu'il n'avait pas chiffré le coût des prestations de maintenance. On rappelle toutefois à cet égard qu'un soumissionnaire ne peut en principe s'abstenir de chiffrer le coût de ses prestations. De même, il ne peut généralement donner un prix approximatif (variant p. ex. de +/- 30%), sous prétexte qu'il ne dispose pas des informations nécessaires pour ce faire; il lui appartient dans ce cas de poser des questions au pouvoir adjudicateur, afin de pouvoir chiffrer le coût de sa prestation; l'admission de prix approximatifs ouvrirait la porte à des abus, en permettant à l'intéressé d'ajuster son offre par la suite, en violation du principe d'égalité (ainsi que du principe d'intangibilité des offres); une offre comportant un prix approximatif doit par conséquent être exclue (Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., no 735). D'un autre côté, il appartient au pouvoir adjudicateur d'établir un cahier des charges qui soit clair et complet; l'adjudicateur doit par conséquent assumer les conséquences d'un manquement y relatif (cf. consid. 3a ci-dessus). Il n'est pas nécessaire non plus de se prononcer sur le point de savoir si, de son côté, la recourante pouvait indiquer que le coût de la maintenance était inclus dans le montant global de l'offre et, dans la négative, quelle en était la conséquence.

E. 6

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission partielle du recours: la décision attaquée est annulée et la cause renvoyée à l'autorité intimée pour qu'elle recommence la procédure d'appel d'offres et d'adjudication. La répétition de la procédure sera notifiée par

écrit aux soumissionnaires (cf. art. 41 al. 1 let. e RLMP-VD). Le recours est rejeté pour le surplus, dans la mesure où la recourante conclut à ce que le marché lui soit adjugé. Les frais de justice sont mis à la charge de la commune de Romanel-sur-Lausanne, qui succombe pour l'essentiel (cf. art. 49 al. 1 LPA-VD). Celle-ci doit supporter les conséquences du fait que l'appel d'offres n'était pas suffisamment précis et de ce que le complètement est intervenu après avoir communiqué le procès-verbal d'ouverture des offres aux soumissionnaires. L'adjudicataire, qui n'a pas pris de conclusions, n'a pas à supporter de frais. La recourante, qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel et obtient partiellement gain de cause, a droit à des dépens réduits, à la charge de la seule autorité intimée compte tenu du fait que l'adjudicataire n'a pas pris de conclusions (cf. art. 55 LPA-VD). Les dépens réduits peuvent être fixés, compte tenu de la nature de la cause et du travail effectué, à un montant de 1'500 fr. (cf. art. 11 al. 2 du Tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative du 28 avril 2015 – TFJDA; RSV 173.36.5.1).

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