

## Marchés publics Öffentliche Beschaffung

*ATC (Cour de droit public) du 7 décembre 2018 – A1 18 73*

### **Prix offerts avec, tout à la fois, l'indication contradictoire selon laquelle la TVA est incluse et n'est pas incluse**

- Principe d'intangibilité des offres (art. 11 let. c AIMP, art. 14 et 21 Omp ; consid. 4.2).
- En l'espèce, le caractère contradictoire du montant de l'offre déposée ne relève pas d'une erreur évidente et une modification après-coup du prix retenu à l'ouverture est inadmissible (art. 14 et 19 Omp ; consid. 4.3 à 4.5).

### **Angebotspreis mit widersprüchlicher Angabe, wonach gleichzeitig die MWSt. enthalten und nicht enthalten ist**

- Grundsatz der Unveränderlichkeit der Angebote (Art. 11 lit. c IVöB, Art. 14 und 21 VöB; E. 4.2).
- Im vorliegenden Fall, ist die Widersprüchlichkeit der Höhe des abgegebenen Angebots nicht auf einen offensichtlichen Fehler zurückzuführen und eine Änderung des Preises nach Eröffnung ist unzulässig (Art. 14 und 19 VöB; E. 4.3 bis 4.5).

### **Faits (résumé)**

Le Service de la sécurité civile et militaire (ci-après : SSCM) a publié un appel d'offres. Selon le cahier des charges, les prix devaient être donnés « nets, TVA et frais de transport et d'installation compris ».

Lors d'une séance organisée en présence des représentants des soumissionnaires, quatre offres ont été ouvertes, dont celle déposée par X. et celle du consortium Y., à 1 078 380 fr., montant qui avait été obtenu en majorant de 8 % le prix de 998 500 fr. qu'indiquait cette offre, puisque celui-ci n'incluait pas la TVA. La même opération a été appliquée aux prix que ce consortium offrait pour le dépannage et la maintenance.

Deux jours plus tard, un tableau récapitulatif des prix offerts a été envoyé par courriel à tous les candidats. Par la suite, Y. a informé le pouvoir adjudicateur d'une erreur dans les montants indiqués. Contrairement à ce que mentionnait la lettre d'accompagnement de son offre, le prix de 998 500 fr. comprenait d'ores et déjà la TVA (ainsi que le signalait l'offre sous le chiffre 11) et correspondait au prix net de l'offre

qui devait être pris en compte dans l'évaluation. Il en allait de même pour le prix du dépannage et le prix de la maintenance.

Le pouvoir adjudicateur a procédé à ces corrections, puis à l'évaluation des offres, au terme de laquelle le marché a été adjugé à Y.

Arrivé au deuxième rang, X. a recouru devant le Tribunal cantonal, en faisant valoir que le prix figurant dans l'offre de l'adjudicataire avait été revu à la baisse de manière illégale au cours de la procédure d'adjudication.

Dans sa réponse, le SSCM a expliqué que ce prix, à 998 500 fr., avait été, dans un premier temps, majoré de 8 % à l'ouverture des offres pour atteindre 1 078 380 fr., la lettre accompagnant l'offre indiquant que le premier montant s'entendait hors TVA. Il a précisé qu'ensuite, lors de l'évaluation des offres, ce montant a été ramené à 998 500 fr. puisque Y. avait signalé une erreur évidente, les prix indiqués incluant la TVA.

### **Considérants (extraits)**

(...)

**4.1** Sur le fond, X. invoque d'abord une violation du principe de l'intangibilité des offres, signalant que celle de l'adjudicataire a été illégalement modifiée en cours de procédure quant à son prix.

**4.2** En matière de marché public prévaut notamment le principe de l'intangibilité des offres (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3<sup>e</sup> éd. 2013, n° 710), que l'article 14 alinéa 1 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (RS/VS 726.100 ; Omp) rappelle lorsqu'il prévoit que l'offre doit être écrite et complète et qu'elle ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai. Cela signifie qu'une offre ne doit, en principe, s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2). Néanmoins, la loi permet la correction ultérieure d'erreurs évidentes de calcul et d'écritures (art. 14 al. 1 et 19 al. 2 Omp). L'article 20 Omp autorise aussi l'adjudicateur à réclamer aux soumissionnaires des explications écrites relatives à leur offre. Cette faculté doit cependant s'exercer dans les limites découlant de l'interdiction des rondes de négociations statuée par l'article 11 lettre c de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (RS 726.1 ;

AIMP) et rappelée à l'article 21 Omp. Il ressort de ces diverses règles qu'une fois les délais de dépôt passés, le pouvoir adjudicateur ne peut accepter que certaines explications très limitées, destinées à préciser certains points de l'offre, mais non pas à la modifier, sous peine de porter atteinte à l'égalité de traitement entre concurrents (RVJ 2017 p. 23 consid. 2.3.3 et les références citées, notamment Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 713 ss).

**4.3** A teneur des pièces au dossier, la Cour constate que le cahier des charges de l'appel d'offres exigeait, sous le chiffre 3, que les prix soient donnés « TVA et frais de transport d'installation compris ». Y. a déposé son offre en l'accompagnant d'une lettre introductive annonçant le prix de l'offre (998 500 fr.), le prix du dépannage (20 000 fr.) et le prix de la maintenance (40 000 fr.), à chaque fois avec la mention « (HT) ». Les contrats de maintenance et de dépannage proposés en annexe 4 à l'offre indiquent, eux aussi, les mêmes prix « (hors taxes) ». Quant à l'offre détaillée de ce candidat, elle liste, sur plusieurs pages, les prix des différents postes pour le renouvellement des installations radio (sans précisions immédiates quant à la TVA), mais elle mentionne expressément, sous le chiffre 11 relatif aux conditions de vente et de livraison, que les prix s'entendent « TVA comprise ».

Parmi les documents déposés le 1<sup>er</sup> mai 2018 par le SSCM figure, sous pièce n° 2, un tableau daté du 10 août 2017 comportant les signatures d'un inspecteur technique et d'une collaboratrice administrative et comparant les prix des offres, du dépannage et de la maintenance offerts par les candidats. Ce tableau mentionne, pour Y., des indications de prix majorées de la TVA à 8 %, soit 1 078 380 fr. pour les installations, 21 600 fr. pour le service de dépannage et 43 200 fr. pour la maintenance. Il a été expédié par courriel à chaque candidat, le 10 août 2017 (cf. pièce n° 4, jointe à la réponse du SSCM 1<sup>er</sup> mai 2018). Le 24 août 2017, Y. a répondu à ce courriel, signalant que le prix figurant dans la lettre accompagnant son offre comportait une erreur en ce qu'elle mentionnait les prix « (HT) » ; le soumissionnaire a expliqué que, conformément aux conditions figurant à la fin de son offre, ces prix devaient s'entendre TVA comprise (cf. pièce n° 4 précitée).

Dans les explications qu'il a données, le 1<sup>er</sup> mai 2018, le SSCM a précisé que la correction à la hausse des montants offerts par Y. avait été faite « durant la séance d'ouverture des offres » (p. 4), soit le 8 août 2017, en présence des représentants des différents candidats. Il a

indiqué avoir par la suite recorrecté ces montants, prenant en compte les explications figurant dans le courriel de Y. du 24 août 2017, qui mettaient en évidence l'existence d'une erreur manifeste au sens de l'article 19 alinéa 2 Omp. L'offre de l'adjudicataire avait donc été évaluée sur la base des prix annoncés dans l'offre, considérés comme incluant la TVA.

**4.4** 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). Il est néanmoins généralement admis qu'une erreur de calcul évidente ne doit être retenue que de manière restrictive. Il faut se demander si l'inexactitude alléguée du prix offert ne peut s'expliquer que par une erreur d'écriture ou de calcul, à l'exclusion de toute autre hypothèse envisageable, en particulier une intention déloyale d'un candidat visant à ajuster son offre à la baisse, notamment lorsque l'ouverture des offres a montré que des offres concurrentes étaient meilleur marché (Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, n° 314 ; Peter Galli/André Moser/ Elisabeth Lang/Marc Steiner, *op. cit.*, nos 729 à 731). En d'autres termes, une correction est admissible lorsqu'en dépit du contenu de l'offre, il est évident que celui-ci ne peut pas correspondre à la réelle volonté du soumissionnaire, laquelle peut être clairement déterminée (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2P.151/1999 du 30 mai 2000 consid. 3b *in fine*).

En l'espèce, l'adjudicataire a déposé une offre au contenu contradictoire. En effet, il n'est pas possible de déterminer, à l'examen des documents déposés, si les prix indiqués s'entendent avec ou sans TVA. Dans un premier temps, il a été considéré que ces prix ne comprenaient pas la TVA ; ceux-ci ont donc été majorés de 8 %. Selon les indications concordantes du SSCM et de la recourante, cette modification a été effectuée lors de la séance d'ouverture des offres, le 8 août 2017, en présence de représentants de Y. Si la mention des prix hors taxes était une erreur manifeste au sens de l'article 19 alinéa 2 Omp – Y. ayant, dans cette hypothèse, toujours eu la volonté d'inclure la TVA dans les prix qu'il indiquait – alors il est difficilement explicable que les représentants de ce candidat n'aient pas réagi lors de la séance d'ouverture des offres, lorsque les montants indiqués ont été majorés de la TVA et protocolés comme tels. Par ailleurs, les prix ainsi fixés ont été reportés dans un tableau communiqué le 10 août suivant à tous les candidats. Y. n'a pas réagi immédiatement et a laissé s'écouler un délai de deux

semaines avant de signaler que ces prix étaient entachés d'une erreur. S'il s'était agi d'une erreur manifeste, on aurait attendu de l'adjudicataire qu'il la remarque immédiatement et la signale sans délai.

Certes, on ne saurait reprocher à Y. un comportement manifestement déloyal ; les pièces au dossier ne permettent aucunement de l'établir. Cela importe toutefois peu. En revanche, il est décisif de constater que le contenu de son offre est équivoque quant à la question de l'inclusion ou non de la TVA dans les prix offerts. Au surplus, au moment où ce candidat a signalé l'existence d'une erreur et demandé la modification à la baisse du prix de son offre tel qu'il avait été retenu lors de la séance d'ouverture, les montants de toutes les autres offres étaient connus. Vu l'absence de réaction de Y. jusqu'alors, il n'était pas possible d'exclure que, par cette démarche, le candidat cherchait à tirer parti d'une situation peu claire ressortant de son offre déposée plutôt que de solliciter la réparation d'une réelle inadvertance. Il s'agissait d'une hypothèse tout aussi plausible que celle qui retenait l'existence d'une erreur de plume, attendu que l'offre de Y. n'était, au surplus, pas la moins chère.

Dans ce contexte indécis, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas, comme il l'a fait, prendre le parti de revoir à la baisse les prix de l'offre, du dépannage et de la maintenance donnés par Y. et fixés lors de la séance d'ouverture des offres. En effet, en procédant de la sorte, il n'était pas possible de garantir le respect des principes de passation du marché, notamment le principe d'intangibilité des offres et d'égalité de traitement entre les concurrents. L'erreur ou la situation incertaine étant le fait de Y., il revenait à ce candidat (et non aux autres soumissionnaires) d'en supporter les désavantages.

**4.5** C'est, partant, à bon droit que la recourante se plaint d'une modification illégale des prix offerts par l'adjudicataire. Les montants à retenir sont donc ceux qui ont été fixés à l'ouverture des offres, soit 1 078 380 fr. pour les installations, 21 600 fr. pour le service de dépannage et 43 200 fr. pour la maintenance.

**5.** [L'admission de ce grief matériel conduit la recourante à arriver au premier rang et à remporter le marché].