

Nadège DUBI

Droit des marchés publics

Professeur Etienne POLTIER

Mémoire de Maîtrise universitaire

La modification du marché et des offres



UNIL | Université de Lausanne

Faculté de droit
et des sciences criminelles

Printemps 2016

Table des matières

1. Introduction	1
2. Les principes et objectifs en jeu	4
2.1. Les objectifs de la législation sur les marchés publics	4
2.2. Le principe de non-discrimination.....	6
2.2.1. Le principe	6
2.2.2. La concrétisation du principe en droit suisse	7
2.2.2.1. La législation suisse	7
2.2.2.2. La jurisprudence.....	9
2.3. Le principe de transparence.....	10
2.3.1. Le principe	10
2.3.2. La concrétisation du principe en droit suisse	11
2.3.2.1. La législation suisse	11
2.3.2.2. La jurisprudence.....	13
2.4. La lutte contre la corruption (survol)	14
2.4.1. La relation Etat-soumissionnaire	14
2.4.2. Les ententes entre soumissionnaires.....	16
2.5. Synthèse	18
3. La modification du marché	20
3.1. Généralités	20
3.2. L'appel d'offres fonctionnel	21
3.2.1. Définition.....	21
3.2.2. Pratique et jurisprudence suisses	22
3.2.3. Respect des grands principes	24
3.3. Le dialogue compétitif.....	25
3.3.1. Généralités.....	25
3.3.2. Procédure.....	26
3.3.3. Portée.....	27
3.3.4. Intérêts	28
3.3.5. Particularités et difficultés soulevées	29
3.4. Les systèmes des lots et des options.....	30
3.4.1. Le système des lots (offres partielles).....	30
3.4.2. Les options.....	31
3.5. La modification du marché	32

3.5.1. Généralités.....	32
3.5.2. Les modifications minimales.....	33
3.5.3. Les modifications essentielles.....	35
3.5.4. Cas d'application	37
3.6. Le cas particulier des variantes.....	38
3.6.1. Notion et cadre légal.....	38
3.6.2. Règles applicables	40
3.6.3. Jurisprudence choisie	41
4. La modification de l'offre	43
4.1. Généralités	43
4.2. La modification de l'offre après l'échéance du délai.....	44
4.2.1. En droit cantonal.....	44
4.2.1.1. Le principe d'intangibilité de l'offre.....	44
4.2.1.2. Tempéraments au principe d'intangibilité de l'offre.....	46
a) La demande d'explications	46
b) La correction d'erreurs évidentes	47
c) Jurisprudence choisie.....	47
4.2.2. En droit fédéral.....	49
4.2.2.1. Les négociations de l'offre.....	50
a) Généralités.....	50
b) Notion.....	51
c) Procédure.....	53
d) Jurisprudence choisie	55
4.3. La modification de l'offre après l'adjudication (survol)	56
5. L'accord-cadre	59
5.1. Définition et mécanisme européens.....	59
5.2. En Suisse.....	61
6. Conclusion.....	63
7. Bibliographie.....	I
7.1. Ouvrages.....	I
7.2. Articles.....	I
7.3. Jurisprudence	III
7.3.1. Fédérale	III
7.3.2. Cantonale.....	IV
7.4. Revues.....	IV

7.4.1. Droit de la construction	IV
7.4.2. Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération.....	V
7.4.3. Revue de droit administratif.....	VI
7.4.4. Revues cantonales de jurisprudences	VI
7.4.5. Semaine judiciaire	VI
7.5. Rapports.....	VI
7.6. Sites Internet	VII

1. Introduction

La place qu'occupent les marchés publics dans l'économie Suisse est notable puisqu'on estimait, en 2004, que l'ensemble des marchés de la Confédération, des cantons ainsi que des communes s'élevait à quelques 30 milliards de francs. Cela représentait notamment un quart de la totalité des dépenses publiques et 8% du produit intérieur brut¹. En 2015, la Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève estime leur importance à 40 milliards de francs².

Ainsi, certains secteurs exercent-ils une grande part de leur activité en relation avec les marchés publics. On considère notamment que plus de 80% des contrats passés dans le domaine du génie civil se rapportent aux marchés de l'Etat. Il existe donc un fort lien de dépendance entre ce secteur et les pouvoirs adjudicateurs³.

Vu leur ampleur, une législation sur les marchés publics semble s'imposer ne serait-ce que pour assurer une égalité de traitement entre les différents acteurs privés lors du choix de l'adjudicataire par l'Etat. Un tel cadre juridique est également nécessaire d'un point de vue économique, afin de garantir une utilisation parcimonieuse des deniers publics⁴.

La Suisse ne s'est dotée d'une législation sur les marchés publics que très tardivement, à savoir au 1^{er} janvier 1996 avec l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP⁵) et de son ordonnance d'application (OMP⁶)⁷. Ces deux textes, applicables aux marchés fédéraux, ont pour vocation de mettre en œuvre l'Accord sur les

¹ ESSEIVA Denis, *Les problèmes liés au prix*, in : DC 1/04, p. 27, p. 27.

² CHAMBRE DE COMMERCE, D'INDUSTRIE ET DES SERVICES DE GENEVE, *Loi sur les marchés publics : Un enjeu de plusieurs milliards de francs*, <http://www.ccig.ch/blog/2015/09/Loi-sur-les-marches-publics-Un-enjeu-de-plusieurs-milliards-de-francs>, consulté le 5 mars 2016.

³ MICHEL Nicolas, *Les règles de passation des marchés publics sous l'aspect du risque de corruption*, in : BORGHI, MEYER-BISCH (édit.), *La corruption – l'envers des droits de l'homme*, Fribourg 1995, p. 225 ss, p. 227.

⁴ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, p. 3-4.

⁵ RS 172.056.1

⁶ RS 172.056.11

⁷ Mentionnons également l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), adopté le 25 novembre 1994, complètement révisé le 15 mars 2001 afin de s'adapter aux exigences internationales.

marchés publics (AMP⁸) conclu sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce, entré en vigueur à la même période⁹.

Avant cette date cependant, les marchés publics étaient essentiellement réglés par le droit privé des contrats sans qu'il ne soit donné d'attention particulière à leur aspect public. On peut toutefois mentionner les ordonnances de soumission qui avaient pour but de régler la procédure préalable à la conclusion du contrat, sans qu'elles aient néanmoins force de loi¹⁰.

Très vite, il est apparu que ce système comportait de nombreuses failles. Dans la mesure où les marchés publics étaient alors appréhendés uniquement sous leur forme contractuelle, les soumissionnaires évincés n'avaient aucun moyen de contester l'adjudication, celle-ci n'étant pas qualifiée de décision mais de pur acte interne. Un premier problème relatif à la protection juridictionnelle des concurrents évincés se présentait¹¹.

On s'est également aperçu de défaillances économiques. En effet, les pouvoirs adjudicateurs avaient tendance à faire prévaloir les offres d'entreprises locales plutôt que de porter leur choix sur l'offre économiquement la plus avantageuse. Cette manière de procéder était non seulement problématique d'un point de vue **financier** mais entravait également le jeu de libre **concurrence**¹².

Avec la conclusion de l'AMP et l'ouverture des marchés à la concurrence internationale, le législateur suisse a dû pallier ces différentes lacunes par l'adoption de règles de procédure strictes garantissant la **transparence** nécessaire, ainsi que de règles de droit matériel assurant, notamment, le respect du principe d'**égalité** de traitement. Toutes ces normes ont pour vocation de garantir le bon fonctionnement de la libre concurrence¹³.

⁸ RS 0.632.231.422

⁹ MICHEL Nicolas, *Marchés publics : le nouveau droit est arrivé*, in : DC 1/96 p. 28, p. 28.

¹⁰ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, *op.cit.*, p. 1-2 et les références citées.

¹¹ *Ibid.*, p. 3.

¹² POLTIER Etienne, *Les marchés publics : premières expériences vaudoises*, in : RDAF 2000 I p. 197, p. 197.

¹³ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, *op.cit.*, p. 5.

Au vu des objectifs poursuivis, les marchés publics sont encadrés par une législation particulièrement rigide, laissant peu de place à une souplesse souvent nécessaire lors de la passation d'un contrat. Face à cette problématique, le législateur a mis en place quelques mécanismes permettant d'atténuer la rigueur de la procédure menant à l'adjudication¹⁴.

On pensera d'abord notamment aux normes offrant plusieurs choix au **pouvoir adjudicateur** quant à la manière de définir l'objet du marché (appel d'offres fonctionnel, système des lots ou des options, dialogue). On peut également citer la possibilité donnée à l'entité adjudicatrice de modifier l'objet du marché, pour autant que cette modification concerne des points peu importants. Enfin, il convient de relever le système d'interruption et de renouvellement du marché dont peut user le pouvoir adjudicateur en cas de modifications essentielles apportées au marché¹⁵.

Pour ce qui est des **soumissionnaires**, ceux-ci doivent présenter des offres répondant aux conditions énoncées dans le cahier des charges. Toutefois, lorsque cette possibilité n'a pas été exclue par l'appel d'offres, ils peuvent présenter des variantes à la prestation de base requise. En ce qui concerne la modification de leur offre, en revanche, c'est le principe d'intangibilité de l'offre qui s'applique dès la fin du délai prévu pour leur dépôt. On mentionnera cependant la demande d'explications que peut requérir le pouvoir adjudicateur face à une offre peu claire ou la possibilité de corriger les erreurs de calcul et d'écriture évidentes contenues dans une offre. Enfin, on peut citer la procédure de négociation prévue en droit fédéral apportant un tempérament à la rigidité du droit des marchés publics¹⁶.

Dans un premier temps, on s'intéressera donc aux différentes possibilités de modification du marché. Par la suite, le principe d'intangibilité de l'offre ainsi que ses tempéraments feront l'objet d'une analyse approfondie. Enfin, à titre de droit comparé, on étudiera, dans ses grandes lignes, le système européen de l'accord-cadre.

¹⁴ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics, op.cit.*, p. 214.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 215.

2. Les principes et objectifs en jeu

Avant d'examiner en détail les possibilités de modification du marché et des offres, il convient de développer, plus amplement, les objectifs et principes au service desquels de telles règles ont été adoptées.

Nous l'avons vu, la législation sur les marchés publics tend à protéger la **libre concurrence** et à garantir une **utilisation parcimonieuse des deniers publics** en s'assurant notamment du respect du **principe d'égalité de traitement** entre soumissionnaires et en instaurant la **transparence** nécessaire à la procédure. Elle aspire également à prévenir les risques de **corruption**¹⁷. Notons que ces divers buts, bien qu'étant par principe complémentaires, ne sont pas toujours conciliables. Ainsi, comme nous aurons l'occasion de l'évoquer, si la procédure de négociations permet, entre autres, de réduire les coûts de l'adjudicateur, elle est toutefois peu compatible avec le principe d'égalité de traitement¹⁸.

Enfin, bien que ces différents sujets soient traités indifféremment par loi, il convient d'établir une distinction entre les objectifs poursuivis par le droit des marchés publics et les principes nécessaires pour les atteindre¹⁹.

2.1. Les objectifs de la législation sur les marchés publics

Le droit des marchés publics poursuit un double but, à savoir garantir une concurrence efficace ainsi qu'une utilisation parcimonieuse des fonds publics²⁰. Cela n'appelle pas de beaucoup de remarques de notre part, tant ces objectifs semblent évidents.

¹⁷ POLTIER Etienne, *Les marchés publics : premières expériences vaudoises*, *op.cit.*, p. 301 ; BOVAY Benoît, *La non-discrimination en droit des marchés publics*, in : RDAF 2004 I p. 227, p. 234 ; MICHEL Nicolas, *Les règles de passation des marchés publics sous l'aspect du risque de corruption*, *op.cit.*, p. 225 ; cf. art 1 LMP.

¹⁸ ORGANE PARLEMENTAIRE DE CONTROLE DE L'ADMINISTRATION, *L'ouverture des marchés publics en Suisse sous l'angle juridique et économique - Rapport final à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national*, Berne 2002, p. 20.

¹⁹ ATF 125 II 86, consid. 7c.

²⁰ RAPPO Aurélia Joyce, *Les marchés publics : champs d'application et qualification*, in : RDAF 2005 I p. 165, p. 170 ; cf. art. 1 al. 1 litt. b et c LMP.

En premier lieu, la législation sur les marchés publics se doit de prévoir une large, pleine et entière concurrence en permettant aux soumissionnaires de participer, à armes égales, aux marchés des entités adjudicatrices. L'accroissement et le renforcement de la concurrence doivent toujours être recherchés²¹. Le droit des marchés publics et le droit de la concurrence sont donc fortement liés, certains estiment d'ailleurs que le premier fait partie du second²².

En outre, l'ouverture de la concurrence permet une utilisation plus rationnelle des fonds publics dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a ainsi un choix plus large dans la détermination de l'offre la plus avantageuse économiquement²³.

Le but d'économie des deniers publics est essentiel, la loi prévoit d'ailleurs une pondération minimale du prix afin que ce critère reste toujours déterminant dans le choix de l'adjudicateur²⁴. Ce principe veut ainsi que ce dernier investisse toujours « *dans des prestations qui permettent au final de réduire le coût global de l'ouvrage.*²⁵ »

Pour atteindre ces deux objectifs, la loi sur les marchés publics accorde une place majeure aux principes de transparence et d'égalité de traitement. Ceux-ci ne sont pas une fin en soi mais constituent plutôt des moyens nécessaires à la réalisation des deux buts évoqués²⁶.

²¹ RAPPO Aurélia Joyce, *op.cit.*, p. 170-171.

²² TRÜEB Hans Rudolph, *Nr. 5 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)*, in : OESCH, WEBER, ZÄCH, *Wettbewerbsrecht II Kommentar*, Zurich 2011, art. 1 al. 1 lit. b LMP, n. 8.

²³ BELLANGER François, *Dix ans de jurisprudence en matière de marchés publics, une sélection d'arrêts forcément arbitraire...*, in : DC 1/06 p. 19, p. 22 ; ATF 125 II 86, consid. 7c.

²⁴ TRÜEB Hans Rudolph, *op.cit.*, art. 1 al. 1 litt. c LMP, n. 12.

²⁵ REICH Bertrand, *Marchés publics Le prix: un critère comme les autres ?*, in : RDAF 2012 I p. 63, p. 65

²⁶ TA VD GE.2001.0074 du 12 décembre 2001, consid. 1 ; RODONDI Olivier, *Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics*, in : RDAF 2001 I p. 387, p. 410 note 98 et p. 413 ; ATF 125 II 86, consid. 7c. ; POLTIER Etienne, *Les marchés publics : premières expériences vaudoises*, *op.cit.*, p. 301.

2.2. Le principe de non-discrimination

2.2.1. Le principe

A la lecture de l'art. 8 al. 2 Cst. féd., érigeant le principe de non-discrimination au rang de droit fondamental, on remarque que la disposition règle principalement les discriminations liées à la race ou au sexe. Il est difficile de déterminer, dans la liste des motifs inventoriés, où se situe l'interdiction d'une inégalité de traitement économique, voire contractuelle²⁷.

Et pour cause. En matière de droit des contrats, le principe d'autonomie des parties s'impose et permet ainsi aux acteurs privés de choisir librement leurs partenaires contractuels. Tout au plus, la loi sur les cartels empêche-t-elle des abus de position dominante. C'est le régime qui prévaut en droit privé²⁸.

La situation est toute autre lorsque l'Etat est partie au contrat. Les risques de discrimination par les pouvoirs publics liés à la nationalité des soumissionnaires étant passablement élevés, il s'est avéré nécessaire de garantir le principe de non-discrimination dans le domaine de la commande publique. Ainsi l'Etat ne peut favoriser un concurrent en raison de son origine ou de son siège notamment²⁹.

Toutefois, à la différence de ce qu'expose BOVAY, il ne nous semble pas que le principe d'égalité de traitement, en droit des marchés publics, se rattache à l'art. 8 Cst. féd. mais plutôt à l'art. 27 Cst. féd. instaurant le principe de liberté économique. Nous l'avons vu, la législation sur les marchés publics et le droit de la concurrence sont étroitement liés. Ainsi, dans la mesure où l'égalité de traitement entre concurrents économiques ressort de l'art. 27 Cst. féd., nous pouvons en déduire que c'est cette disposition qui sert de fondement aux dispositions relatives à l'égalité de traitement en droit des marchés publics. L'art. 27 Cst. féd. est d'ailleurs également cité dans le Préambule de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence³⁰.

²⁷ BOVAY Benoît, *op.cit.*, p. 227-228.

²⁸ *Ibid.*, p. 228.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ MARTENET Vincent, *Les autorités de la concurrence et la liberté économique*, in : PJA 2008 p. 963, pp. 963 et 978.

Au surplus, l'AMP prévoit, dans son Préambule, que « *en vue de réaliser l'expansion et une libération plus large du commerce mondial et d'améliorer le cadre international qui régit le commerce mondial, (...) les lois, règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics (...) ne devraient pas établir de discrimination entre des produits ou des services étrangers ou entre des fournisseurs étrangers (...)* ».

Dès les premières lignes de l'Accord, le principe de non-discrimination est mis en avant et érigé en tant que principe fondamental³¹. L'AMP enjoint ainsi aux Parties contractantes de prévoir une procédure de soumission exempte de toute discrimination³².

2.2.2. La concrétisation du principe en droit suisse

2.2.2.1. La législation suisse

En Suisse, comme mentionné *supra*, la législation sur les marchés publics a vu le jour suite à l'entrée en vigueur de l'AMP. Ce texte prévoyant l'ouverture des marchés à la concurrence internationale, il a fallu, dans un premier temps, adopter des normes définissant les droits des soumissionnaires étrangers à participer à la procédure. C'est dans ce cadre et afin de respecter les obligations souscrites par la Suisse que les dispositions tendant à garantir le principe de non-discrimination ont été adoptées³³.

La législation suisse sur les marchés publics³⁴ assure ainsi une égalité de traitement entre soumissionnaires durant toute la durée de la procédure. La protection est premièrement procédurale, en ce sens que les règles formelles fixées à un marché doivent être les mêmes pour les soumissionnaires nationaux et étrangers. Aucune discrimination indirecte³⁵ ne doit non plus découler des dites dispositions procédurales³⁶.

³¹ Cf. également art. III AMP, consacrant expressément le principe de non-discrimination.

³² BOVAY Benoît, *op.cit.*, p. 229-230.

³³ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics, op.cit.*, p. 24.

³⁴ Cf. notamment art. 1 al. 2 LMP ; 8 al. 1 litt. a LMP ; 1 al. 3 litt. b AIMP ; 11 litt. a AIMP.

³⁵ P.ex. : fixation de délais très brefs, difficilement praticables pour des fournisseurs étrangers.

³⁶ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics, op.cit.*, p. 164.

La protection est également, et principalement, matérielle. Elle passe essentiellement par la définition de critères de qualification clairs et complets³⁷ s'appliquant de manière uniforme aux concurrents internes et externes³⁸. Ces critères se rapportent à la capacité d'une entreprise à réaliser le marché en cause et les prestations qu'il implique³⁹.

Par la suite, la mise en place de critères d'adjudication⁴⁰ permet aux soumissionnaires d'appréhender la manière dont sera évaluée leur offre. Ces critères ne peuvent être discriminatoires et doivent notamment être en lien avec la nature et les caractéristiques du marché. Notons que le pouvoir adjudicateur est lié par les critères qu'il annonce et ne pourra ainsi pas s'en éloigner lors de l'adjudication⁴¹.

Il est important de relever que, en application du principe de réciprocité, seul un soumissionnaire partie à l'AMP et ayant pris des engagements similaires à ceux de la Suisse aura accès aux marchés de cette dernière. Ce principe ne s'applique évidemment pas aux marchés internes de la Suisse ; tout soumissionnaire suisse peut participer, sans réserve, aux marchés de la Confédération, des cantons ou des communes⁴².

On peut d'ailleurs faire mention ici de la Loi sur le marché intérieur (LMI), adoptée à la suite de l'AMP, consacrant un espace économique suisse unique, tel que prévu par l'art. 95 Cst. féd. Le territoire suisse est ainsi considéré comme un marché intérieur unique auquel tout acteur économique suisse peut participer librement. L'art. 5 de ladite loi soumet à ce régime celui des marchés publics, en interdisant notamment l'inégalité de traitement entre soumissionnaires suisses⁴³.

³⁷ Cf. art. 9 LMP.

³⁸ Au sujet des critères d'aptitude en relation avec le principe d'égalité de traitement, voir également RODONDI Olivier, *op.cit.*, pp. 400-401.

³⁹ ORGANE PARLEMENTAIRE DE CONTROLE DE L'ADMINISTRATION, *op.cit.*, p. 30.

⁴⁰ Cf. art. 21 LMP.

⁴¹ ORGANE PARLEMENTAIRE DE CONTROLE DE L'ADMINISTRATION, *op.cit.*, p. 30.

⁴² POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, *op.cit.*, p. 164.

⁴³ *Ibid.* p. 159.

2.2.2.2. *La jurisprudence*

De nombreux arrêts, cantonaux ou fédéraux, traitant du respect du principe de non-discrimination ont été rendus dans le domaine des marchés publics.

D'une manière générale, il a notamment été admis qu'exiger des spécifications techniques que seules, dans les faits, les entreprises locales sont aptes à remplir est constitutif d'une discrimination envers les entreprises extérieures⁴⁴.

Il n'est pas non plus admissible, au regard du principe de non-discrimination, de sélectionner l'adjudicataire au moyen d'un tirage au sort effectué parmi les candidats jugés aptes. Bien que chaque candidat ait, par définition, le même pourcentage de chance d'être tiré au sort, cela ne change rien au fait que le procédé est totalement arbitraire et ne répond pas aux exigences d'égalité de traitement⁴⁵.

En revanche, le Tribunal fédéral n'a pas jugé incompatible avec le principe de non-discrimination de prendre en compte le critère de la distance de déplacement pour un marché où la prestation de transport est notable, et ainsi de favoriser les soumissionnaires locaux⁴⁶. En l'espèce, il s'agissait de rondes de ramassage d'ordures pour lesquelles, le concurrent évincé, devait accomplir 29 km de plus qu'une entreprise locale. Il en découle que la proximité du soumissionnaire peut être un avantage à considérer du moment que celle-ci influe sur le caractère économique de l'offre⁴⁷.

Plus spécifiquement, il est admis que, dans un souci d'égalité de traitement, le pouvoir adjudicateur procède, de lui-même, à la correction du prix d'une offre afin de la rendre comparable aux autres⁴⁸.

Au contraire, l'autorité adjudicatrice ne peut automatiquement combler les lacunes contenues dans une offre au risque de se voir reprocher la violation du principe d'égalité de traitement. Il

⁴⁴ SJ 2006 I p. 91, c. 5c ; voir aussi GALLI Peter, MOSER André, LANG Elisabeth, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zurich, Bâle, Genève 2003, n. 205.

⁴⁵ DC 2/00 p. 55-56, S4.

⁴⁶ DC 2/01 p. 64-65, S8, avec note de Denis ESSEIVA.

⁴⁷ Cf. également dans ce sens DC 2/00, p. 58-59, S12 et S16, avec notes.

⁴⁸ TC GE, ATA/776/2013 du 26 novembre 2013.

n'en est pas de même si la lacune en question se retrouve de la même manière dans chaque offre déposée⁴⁹.

De même, le pouvoir adjudicateur viole le principe de non-discrimination lorsqu'il relève les insuffisances d'une offre en suggérant lui-même les moyens d'y remédier. Un tel comportement confine à une forme de négociation illicite⁵⁰.

Le principe de non-discrimination est ainsi, généralement, incompatible avec les possibilités de modifications des offres et de négociation de leur contenu⁵¹.

Pour ce qui touche à la modification du marché, il n'est pas compatible avec le principe d'égalité de traitement d'admettre des offres qui ne correspondent pas aux critères énoncés dans l'appel d'offres. Ce comportement engendre, *de facto*, une modification du marché⁵².

Le principe d'égalité de traitement empêche également le pouvoir adjudicateur de renoncer, de manière unilatérale, en cours de procédure, à une prestation qui figure dans le cahier des charges de l'appel d'offres. Dans cette configuration, il convient de passer par une interruption du marché⁵³.

2.3. Le principe de transparence

2.3.1. Le principe

Avant d'analyser plus en détail ce principe, il convient de relever la manière très étroite dont il se recoupe avec le principe de non-discrimination. En effet, le respect du principe de transparence est assuré par différentes normes, qui doivent alors s'appliquer de manière uniforme à l'ensemble des concurrents, faute de quoi le principe de non-discrimination serait violé. En somme, les deux principes « *se complètent et se renforcent l'un l'autre* »⁵⁴. C'est

⁴⁹ DC 4/03 p. 156, S48 ; dans ce sens, cf. ATF 141 II 353, consid. 7.2. et 7.3.

⁵⁰ DC 2/02 p. 170, S72.

⁵¹ DC 4/04 p. 169 (TA TI 26.02.2004).

⁵² RDAF I 1998 p. 252, p. 254.

⁵³ RJJ 2010 p. 131, p. 136-137 ; A noter toutefois que si la prestation en question n'est que de peu d'importance, il conviendra plutôt de passer par une modification du marché (*infra* 3.5.)

⁵⁴ POLTIER Etienne, *Les marchés publics : premières expériences vaudoises, op.cit.*, p. 301-302.

donc dire que la plupart des remarques faites à l'occasion du principe de non-discrimination sont transposables ici également.

Le Préambule à l'AMP reconnaît « *qu'il est souhaitable d'assurer la transparence des lois, règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics* », de même que son article XVII prône la transparence des adjudications par l'indication des modalités et conditions de participation à la procédure.

De caractère formel, le principe de transparence trouve application tout au long de la procédure⁵⁵ permettant ainsi de garantir une concurrence efficace et une utilisation parcimonieuse des deniers publics. Le respect du principe est essentiel non seulement pour s'assurer que le pouvoir adjudicateur applique correctement la législation sur les marchés publics mais également en vue du déroulement régulier de la procédure de passation⁵⁶.

Le principe de transparence est également indispensable aux fournisseurs puisqu'il enjoint au pouvoir adjudicateur de porter à la connaissance de ceux-ci toutes les informations nécessaires au dépôt d'une offre conforme à ses attentes⁵⁷.

Tout comme le principe de non-discrimination, le principe de transparence est omniprésent dans la législation sur les marchés publics et contribue notamment à son interprétation. Il est primordial de l'avoir toujours à l'esprit lors de la lecture des dispositions relatives à la procédure d'adjudication⁵⁸.

2.3.2. La concrétisation du principe en droit suisse

2.3.2.1. La législation suisse

Comme mentionné *supra*, le principe de transparence imprègne le droit des marchés publics, sa concrétisation se fait ainsi tout au long de la procédure. La loi fédérale sur les marchés publics érige d'ailleurs comme objectif fondamental la mise en place d'une

⁵⁵ Cf. notamment art. 1 al. 1 lit. a LMP ; art. 1 al. 3 lit. c AIMP.

⁵⁶ TERCIER Pierre, *La libéralisation du marché de la construction*, in: Journées du droit de la construction, Fribourg 1997, vol. I, p. 16 ss ; cf. également DC 4/99 p. 145, S44.

⁵⁷ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics, op.cit.*, p. 161.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 160-161.

procédure d'adjudication empreinte de transparence⁵⁹. Il est ainsi possible de dégager certaines étapes indispensables à garantir son respect.

La première phase consiste en la publication d'un appel d'offres⁶⁰ par le pouvoir adjudicateur (procédure ouverte, procédure sélective). Dans le canton de Vaud, cette publication se fait par le biais de la Feuille des avis officiels (FAO) ainsi que sur le site internet simap.ch⁶¹.

Par la suite, outre l'indication des prestations souhaitées et des règles applicables au marché, le pouvoir adjudicateur devra communiquer les conditions d'admission au marché ainsi que les critères d'aptitude et d'adjudication⁶². Pour ces derniers et afin de respecter pleinement le principe de transparence, le pouvoir adjudicateur devra annoncer à l'avance leur ordre de priorité ou d'importance⁶³.

Une fois ces règles et conditions établies, le pouvoir adjudicateur est tenu de s'y tenir tout au long de la procédure. On retrouve ici une composante du principe de non-discrimination qui empêche l'entité adjudicatrice de s'écarter des modalités fixées, faute de quoi elle pourrait se voir reprocher un comportement discriminatoire⁶⁴. Il en va de même du point de vue du principe de transparence dont le respect ne peut être assuré si le pouvoir adjudicateur s'écartere des principes qu'il a initialement posés. Cela aurait également pour effet de fausser le jeu de la libre concurrence⁶⁵.

⁵⁹ Art. 1 al. 1 litt. a LMP.

⁶⁰ Art. 14 al. 1, 15 al. 1 et 18 al. 1 LMP ; art. 12 al. 1 litt. a et b AIMP ; art. 7 al. 1 litt. a et b LMP-VD ; art. 5 al. 2 LMI.

⁶¹ CANTON DE VAUD, Economie – Marchés publics, <http://www.vd.ch/themes/economie/marches-publics/>, consulté le 25 mars 2016 ; cf. également POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics, op.cit.*, p. 161-162.

⁶² POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics, op.cit.*, p. 162-163 ; cf. art. 9 et 21 LMP.

⁶³ ATF 125 II 86 (101). ; cf. art. 21 al. 2 LMP.

⁶⁴ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics, op.cit.*, p.161.

⁶⁵ ATF 125 II 86 (102).

2.3.2.2. *La jurisprudence*

Dans la mesure où les principes de transparence et de non-discrimination sont complémentaires, il n'est pas rare que la violation de l'un entraîne également celle de l'autre. Ainsi, certaines des jurisprudences exposées *supra*⁶⁶ se trouvent être pertinentes ici aussi⁶⁷.

On peut toutefois mentionner certains arrêts se rapportant spécifiquement au principe de transparence. Ainsi, il a notamment été considéré contraire audit principe d'annoncer les critères d'adjudication d'une façon succincte et peu précise et, qui plus est, de ne pas les appliquer par la suite tel que signifié dans l'appel d'offres⁶⁸.

Plusieurs arrêts ont été rendus relativement à la modification du marché ou de l'offre et de leur compatibilité avec le principe de transparence. Il a ainsi été admis que, dans une procédure cantonale de gré à gré n'invitant qu'un seul soumissionnaire à présenter une offre, les possibilités de négociations des offres n'étaient pas incompatibles avec le principe de transparence. En revanche, tel n'est pas le cas lorsque le pouvoir adjudicateur invite plusieurs concurrents à participer à la procédure. Dans ce cas, c'est le principe de transparence qui prime⁶⁹.

Dans la mesure où le droit intercantonal⁷⁰ prohibe les rounds de négociations afin de garantir une concurrence efficace, il est évident que la transgression de cette règle porte atteinte au principe de transparence. Cependant, il n'est pas contraire audit principe de demander aux soumissionnaires des explications limitées, destinées à préciser leur offre sans toutefois les modifier⁷¹.

Enfin, lorsque les besoins du pouvoir adjudicateur changent considérablement, ce dernier ne saurait simplement communiquer ses nouvelles attentes aux concurrents, mais doit plutôt

⁶⁶ Cf. 2.1.2.2.

⁶⁷ Le principe de transparence se voit ainsi également être violé dans l'arrêt du tirage au sort (DC 2/00 p. 55) ou dans le cas de la renonciation unilatérale par le pouvoir adjudicateur à une prestation (RJJ 2010 p. 131).

⁶⁸ DC 4/04 p. 170, S17.

⁶⁹ DC 4/01 p. 162, S58 avec note de Denis ESSEIVA.

⁷⁰ Cf. art. 11 litt. c AIMP.

⁷¹ RJN 2000 p. 245, p. 248-249.

interrompre la procédure. Il s'agit ici en effet d'une modification importante du marché qui doit être publiée à l'instar d'un appel d'offres, faute de quoi le principe de transparence se verrait être violé⁷².

2.4. La lutte contre la corruption (survol)

Les situations de concurrence sont les plus susceptibles de conduire à l'attribution de pots-de-vin⁷³. Le droit des marchés publics présente donc un risque plus ou moins élevé de corruption⁷⁴. Que ce soit à l'occasion d'un appel d'offres instituant une concurrence pleine et entière ou lors d'une procédure de gré à gré, la volonté de gagner le marché est importante et peut ainsi donner lieu à la distribution d'avantages illicites. Il est donc nécessaire de lutter contre ces situations qui entravent non seulement le libre jeu de concurrence mais empêchent également une utilisation parcimonieuse des deniers publics⁷⁵.

La corruption peut aussi bien prendre place dans les relations que noue le pouvoir adjudicateur avec les soumissionnaires que dans le cadre d'ententes entre les soumissionnaires eux-mêmes. Nous nous intéresserons successivement à ces deux contextes en tentant de dégager pour chacun les risques existants et les solutions apportées par la législation.

2.4.1. La relation Etat-soumissionnaire

Selon MICHEL, les risques de corruption se manifestent tout au long de la procédure d'adjudication, chaque étape étant propre à faire naître des situations illicites⁷⁶.

⁷² RVJ 2002 p. 81, p. 83.

⁷³ TERCIER Pierre, *La corruption et le droit des contrats*, in : SJ 1999 II p. 225, p. 232-233.

⁷⁴ Art. 24 al. 1 litt. j Org-OMP ; Préambule AMP ; Cf. également dans ce sens plusieurs arrêts du Tribunal pénal fédéral concernant des cas de corruption européenne : TPF RR.2010.170 du 14 septembre 2010 (FRA) ; TPF RR.2012.181 du 12 février 2013 (ESP) ; TPF RR.2014.335 du 3 juin 2015 (CZE).

⁷⁵ MICHEL Nicolas, *Les règles de passation des marchés publics sous l'aspect du risque de corruption*, *op.cit.*, p. 230.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 228.

Toutefois, les principes étudiés *supra* pallient déjà fortement ces dangers. C'est le cas du principe de non-discrimination qui empêche notamment, au stade de la définition du marché, de fixer des critères d'aptitude se rapportant expressément à certaines entreprises⁷⁷.

Le principe de transparence limite également considérablement les risques de corruption. Avec l'adoption de l'AMP et la transparence qu'il implique, l'Organisation mondiale du commerce a d'ailleurs permis une meilleure maîtrise du phénomène, bien que ça ne soit pas le but premier de l'accord⁷⁸.

C'est également le cas du droit suisse dont la procédure est guidée par le principe de transparence. On pensera notamment à l'appel d'offres qui doit être rendu public tout comme les critères d'aptitude et d'adjudication. Ces règles permettent au pouvoir adjudicateur de démontrer, par la suite, la légitimité de son choix. C'est le cas également de l'ouverture des offres dont le déroulement est strictement encadré et empreint de transparence. Cela empêche les tentatives de fraudes ultérieures⁷⁹.

Au vu de qui a été développé plus haut, il nous est également possible d'affirmer que l'interdiction faite au pouvoir adjudicateur de modifier librement l'objet du marché restreint les dangers de corruption, tout comme l'interdiction de revoir spontanément l'offre d'un soumissionnaire. Sans de telles dispositions, on peut facilement imaginer que l'Etat remodèle son marché ou l'offre d'un concurrent qu'il souhaite avantager.

L'aspect qui nous intéresse le plus, cependant, reste celui des négociations entre pouvoir adjudicateur et soumissionnaires. Si en droit cantonal de telles possibilités n'existent pas⁸⁰, il n'en va pas de même en droit fédéral. On peut alors se demander dans quelle mesure l'ouverture de négociations augmente les risques de corruption.

Si certains estiment que de telles démarches sont nécessaires pour lever des incertitudes liées à une offre peu claire ou pour permettre carrément au pouvoir adjudicateur de profiter de la

⁷⁷ MICHEL Nicolas, *Les règles de passation des marchés publics sous l'aspect du risque de corruption*, *op.cit.*, p. 229 ; cf. 2.1.2.2 (SJ 2006 I p. 91, c. 5c).

⁷⁸ TERCIER Pierre, *La corruption et le droit des contrats*, *op.cit.*, p. 236.

⁷⁹ MICHEL Nicolas, *Les règles de passation des marchés publics sous l'aspect du risque de corruption*, *op.cit.*, p. 229-231.

⁸⁰ Ou seulement dans de rares cas, cf. art. 35 al. 2 RLMP-VD.

concurrence afin de réduire les prix, d'autres sont d'avis que tout contact entre Etat et soumissionnaires devraient être prohibés. Parmi les arguments soulevés il y a notamment le risque que les négociations permettent d'avantager certains soumissionnaires précis, par exemple locaux, ainsi que les échanges incontrôlables engendrés par de tels pourparlers. Les possibilités de négociations augmenteraient donc incontestablement le risque de corruption⁸¹.

Il convient toutefois de relever que la procédure de négociations prévue par le droit fédéral est strictement encadrée et ne permet pas au pouvoir adjudicateur de choisir librement les soumissionnaires avec qui il souhaite négocier⁸².

Quoiqu'il en soit, une certaine souplesse est nécessaire en droit des marchés publics ; l'interdiction de toutes négociations pourrait avoir des effets néfastes sur les fonds public ainsi que sur les possibilités de l'Etat de contrer les ententes entre soumissionnaires⁸³.

2.4.2. Les ententes entre soumissionnaires

C'est donc principalement parce que le risque engendré par de telles ententes plaide en faveur d'une procédure plus souple offrant des moyens de négociations que nous nous y intéressons dans le cadre du présent travail. Ce point ne fera ainsi l'objet que d'une analyse succincte, sans examen de la Loi sur les cartels.

L'art. 11 litt. e LMP prévoit expressément que l'adjudicateur peut révoquer l'adjudication ou exclure de la procédure les soumissionnaires qui « *ont conclu des accords qui restreignent sensiblement ou qui suppriment toute concurrence efficace* »⁸⁴.

Ici aussi, le but est donc de garantir une authentique concurrence, que des accords entre soumissionnaires peuvent venir entraver⁸⁵.

⁸¹ MICHEL Nicolas, *Les règles de passation des marchés publics sous l'aspect du risque de corruption*, *op.cit.*, p. 232.

⁸² Cf. *infra* 4.3.4 ; cf. également RDAF 2000 I p. 336, consid. 2.

⁸³ MICHEL Nicolas, *Les règles de passation des marchés publics sous l'aspect du risque de corruption*, *op.cit.*, p. 233.

⁸⁴ Cf. également art. 11 lit. b AIMP ; art. 32 al. 1 lit. e RLMP-VD.

⁸⁵ BOVET Christian, *Les marchés publics face au droit de la concurrence*, in : ZUFFEREY, STÖCKLI, (édit.), *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, p. 377 ss, p. 378-379.

Il est intéressant de relever que les accords anticoncurrentiels ne sont pas, par définition, interdits par la législation suisse. Il convient tout d'abord de déterminer s'il existe bien un accord entre les concurrents puis, dans un deuxième temps, d'estimer si l'entente est illicite⁸⁶.

La concurrence se met en place grâce un mécanisme simple ; le choix pour les soumissionnaires d'offrir leurs prestations à un prix élevé afin d'en tirer profit ou le choix d'offrir leurs prestations à un prix plus bas afin de gagner le marché. Les accords entre fournisseurs qui viennent faire échec à cette incertitude restreignent précisément la concurrence⁸⁷. A cet égard, il est possible de citer plusieurs situations types : les accords sur le prix ; les ententes portant sur la renonciation à tel ou tel marché ou encore les échanges d'informations⁸⁸.

En présence de telles ententes, la Loi sur les marchés publics prévoit certaines sanctions telles que la révocation de l'adjudication, l'interruption ou l'exclusion de la procédure ou encore la suppression de la liste prévue à l'art. 10 al. 2 LMP⁸⁹.

Pour ce qui est de déceler les entraves à la concurrence cependant, la compétence revient à la Commission fédérale de la concurrence (COMCO) qui vérifie la conformité des comportements des soumissionnaires à la Loi sur les cartels⁹⁰.

Des amendes découlant de ladite loi peuvent être alors infligées aux soumissionnaires contractant des accords illicites. De telles ententes entraînent également la nullité du contrat⁹¹.

⁸⁶ DC 2/12 p. 119, S154.

⁸⁷ BOVET Christian, *op.cit.*, p. 381-382.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 383-383.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 396.

⁹⁰ ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Les nouveautés en « régulation » des marchés publics et les tendances*, in *Marchés publics 2014*, in : ZUFFEREY, STÖCKLI (édit.), Zurich 2014, p. 57 ss, p. 81.

⁹¹ BOVET Christian, *op.cit.*, p. 393, cf. art. 49a LCart. ; JdT 2008 I p. 541.

2.5. Synthèse

Nous l'avons dit, la législation sur les marchés publics poursuit deux buts majeurs : la mise en place d'une concurrence authentique et efficace ainsi qu'une utilisation parcimonieuse des fonds publics⁹². Les principes que nous venons d'étudier ainsi que les dispositions qui les mettent en œuvre sont des moyens instaurés par le législateur en vue d'atteindre ce double objectif⁹³.

La question est donc de savoir si ces principes sont correctement et systématiquement appliqués. Dans un rapport datant de 2002, l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (OPCA) a analysé la situation des marchés publics en Suisse, au niveau fédéral et cantonal.

Il en ressort notamment que le respect du **principe d'égalité de traitement** est plus facilement assuré si le pouvoir adjudicateur se base sur un nombre peu élevé de critères d'adjudication (3 à 5 critères en l'occurrence). En effet, une quantité trop importante de critères augmente le risque qu'ils se contredisent ou que le pouvoir adjudicateur perde de vue les plus cruciaux d'entre eux. Le rapport met également en avant le fait que, malgré la définition de critères, les entités adjudicatrices ont parfois tendance à préférer l'offre la meilleure marché afin d'écarter des soupçons de discrimination ou de corruption⁹⁴.

L'analyse effectuée par l'OPCA révèle que les pouvoirs adjudicateurs fédéraux ont souvent recours aux **négociations**, notamment sur le prix, ce qui leur permet de diminuer les dépenses publiques. Ils admettent, à l'opposé, les risques de corruption et d'offres spéculatives qui en découlent. Pour ce qui est des procédures cantonales, il est toujours fait mention de l'impossibilité des rounds de négociations⁹⁵.

De plus, le rapport constate que la procédure ouverte est généralement préférée par les entités fédérales et cantonales, ce qui a pour effet d'en accroître la **transparence**. Avec l'apparition de la plate-forme Internet SIMAP, les appels d'offres sont systématiquement publiés, tout

⁹² RAPPO Aurélia Joyce, *op.cit.*, p. 170.

⁹³ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics, op.cit.*, p. 160.

⁹⁴ ORGANE PARLEMENTAIRE DE CONTROLE DE L'ADMINISTRATION, *op.cit.*, p. 26-27.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 27 et 34.

comme les critères d'adjudication. Notons toutefois que, à cette époque, l'OPCA regrettait le faible pourcentage de publication de la pondération des ces critères⁹⁶.

Enfin, comme évoqué, les principes de transparence et d'égalité de traitement offrent des moyens notables en matière de **lutte contre la corruption**. Toutefois, selon MICHEL, même l'énonciation de règles claires et précises ne suffit à endiguer le phénomène. En effet, « *la corruption se fait très souvent selon le schéma aussi grossier que classique du cadeau offert au décideur, contre lequel les meilleures règles de procédure administrative offrent peu de résistance* »⁹⁷.

⁹⁶ ORGANE PARLEMENTAIRE DE CONTROLE DE L'ADMINISTRATION, *op.cit.*, pp. 27, 32-33.

⁹⁷ MICHEL Nicolas, *Les règles de passation des marchés publics sous l'aspect du risque de corruption*, *op.cit.*, p. 239.

3. La modification du marché

3.1. Généralités

Depuis son entrée en vigueur, le droit des marchés publics s'est toujours caractérisé par sa grande rigidité et la lourdeur de ses procédures. Un tel formalisme est en effet nécessaire afin d'assurer le respect des principes énoncés *supra*. Toutefois, la rigueur imposée vient se heurter aux besoins de contacts et de dialogue entre les parties qui entendent conclure un futur contrat. Le législateur s'en est rendu compte et a ainsi adopté diverses normes permettant d'atténuer, dans certains cas, la rigidité dont fait preuve la législation sur les marchés publics⁹⁸.

Bien que le pouvoir adjudicateur ait une grande maîtrise du marché qu'il lance et donc une liberté étendue quant au type de prestations qu'il entend commander, la définition du marché n'est pas toujours évidente, notamment lorsqu'une incertitude plane sur la nature des services qui seraient le mieux à même de répondre à ses besoins⁹⁹. La loi lui confère ainsi plusieurs possibilités quant à la manière de définir qualitativement¹⁰⁰ (*infra* 3.2. et 3.3.) et quantitativement (*infra* 3.4.) son marché¹⁰¹.

Une fois cette étape franchie cependant, le pouvoir adjudicateur ne peut plus modifier librement son marché. Pour ce faire il est tenu de l'interrompre et de le renouveler¹⁰². Il faut toutefois réserver les modifications de moindre importance qui peuvent, à certaines

⁹⁸ ZUFFEREY Jean-Baptiste, *L'accord-cadre en droit des marchés publics – Un remède à la rigidité de la loi ?*, in : BELSER, WALDMANN (édit.), *Mehr oder weniger Staat ? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag*, Berne 2015, p. 421 ss, p. 421.

⁹⁹ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics, op.cit.*, p. 216.

¹⁰⁰ Nous précisons que les procédures de concours et de mandat d'études parallèles ne seront pas traitées dans le cadre du présent travail. Pour une explication sommaire mais précise cf. GRABER Daniele, *Le nouveau règlement SIA 144*, in : ZUFFEREY, STÖCKLI (édit.), *Marchés publics 2014*, p. 307 ss.

¹⁰¹ ZUFFEREY Jean-Baptiste, STÖCKLI Hubert, *L'Etat réglemente, adjuge et construit*, in : ZUFFEREY (édit.), *Journées suisses du droit de la construction 2013*, Fribourg 2012, p. 25 ss, p. 35.

¹⁰² Cf. art. 30 al. 3 OMP.

conditions, être apportées sans passer par la procédure d'interruption et de renouvellement (*infra* 3.5.).

Notons finalement la possibilité donnée par l'art. 22a OMP aux soumissionnaires de présenter des variantes à l'offre de base, ce qui peut conduire à une légère modification du cahier des charges tel que défini par le pouvoir adjudicateur (*infra* 3.6.).

3.2. L'appel d'offres fonctionnel

3.2.1. Définition

En principe, le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il lance un marché, est tenu de décrire soigneusement l'objet de ce dernier et les prestations qu'il entend acquérir. A défaut, on imagine difficilement comment il pourrait, par la suite, comparer valablement les différentes offres déposées¹⁰³.

Cette exigence découle par ailleurs de l'art. 16a al. 1 OMP qui fixe les standards minimaux auxquels doit répondre l'appel d'offres. Toutefois, à la lecture de son deuxième alinéa, la disposition nous apprend que le pouvoir adjudicateur peut se limiter à décrire le but du marché. Dès lors, la jurisprudence a admis la licéité des appels d'offres dits « fonctionnels »¹⁰⁴. Notons que de nombreux cantons ont également approuvé cette manière de procéder malgré l'absence de disposition en la matière dans leur législation¹⁰⁵.

On entend, par appel d'offres fonctionnel, le processus par lequel le pouvoir adjudicateur se limite à définir le but du marché ainsi qu'un programme de prestations indiquant les fonctions à atteindre (objectif du marché), laissant la faculté aux soumissionnaires de décider des moyens qui, selon eux, répondront au mieux au but fixé (objet du marché)¹⁰⁶.

¹⁰³ DC 2/04 p.63, S4.

¹⁰⁴ ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Les grandes nouveautés en droit des marchés publics – De lege lata et ferenda*, in : ZUFFEREY, STÖCKLI (édit.), *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, p. 1 ss, p. 7.

¹⁰⁵ DC 2/04 p. 62, S3.

¹⁰⁶ DC 2/12 p. 112, S115.

Il est souvent opté pour cette manière de procéder lorsque le pouvoir adjudicateur attend un certain travail de recherche et d'innovation de la part des soumissionnaires. C'est le cas notamment lorsque l'objet du marché est particulièrement complexe¹⁰⁷.

Il convient de préciser que, dans ce genre de configuration, le pouvoir adjudicateur ne se trouve pas dispensé du respect du principe de transparence. Quand bien même il peut se limiter à définir un but et un programme de prestations, il doit le faire de manière claire et concise. Il ne peut en particulier pas se contenter « *d'un vague objectif de planification ou de construction* » mais doit, bien au contraire, définir « *des critères suffisamment précis pour servir de base d'appréciation* »¹⁰⁸.

3.2.2. Pratique et jurisprudence suisses

L'appel d'offres fonctionnel présente un certain avantage pour le pouvoir adjudicateur. Dans la mesure où il se borne à définir un but et un programme de prestations, ses coûts de planification s'en trouvent sensiblement réduits¹⁰⁹. De plus, le recours à cette procédure spéciale a pour effet d'intensifier la concurrence entre soumissionnaires dans la mesure où elle mobilise leur esprit d'innovation et leurs connaissances techniques¹¹⁰. L'intérêt de l'appel d'offre fonctionnel prend ici toute son importance puisqu'il permet de répondre aux deux objectifs de la législation : renforcer la concurrence et limiter les dépenses publiques¹¹¹.

Ainsi, bien avant sa codification en 2010, les autorités fédérales et cantonales avaient déjà pris pour habitude d'utiliser ce processus¹¹². La soumission fonctionnelle était considérée comme

¹⁰⁷ ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Les grandes nouveautés en droit des marchés publics – De lege lata et ferenda, op.cit.*, p. 7.

¹⁰⁸ DC 2/10 p. 85, S1 ; sur ce point voir notamment TA VD GE.2005.0086 du 21 avril 2006, consid. 1b.

¹⁰⁹ DC 2/04 p. 62, S3.

¹¹⁰ Toutefois, la soumission fonctionnelle implique des coûts élevés pour les candidats, ce qui peut les dissuader de participer à la procédure et donc avoir l'effet pervers de réduire la concurrence.

¹¹¹ DUBEY Jacques, *Le concours en droit des marchés publics*, Zurich 2005, p. 147, n. 406.

¹¹² Cf. notamment TA VD GE.2003.0038 du 4 juillet 2003.

conforme au droit fédéral, même en l'absence de disposition particulière, et de nombreux cantons l'avaient d'ailleurs admis dans leur jurisprudence¹¹³.

Toutefois, il est des cas¹¹⁴ où les tribunaux ont été réticents à admettre sa compatibilité à la législation sur les marchés publics. Ces affaires concernaient des marchés de services et la possibilité de recourir, dans ce cadre, à l'appel d'offres fonctionnel¹¹⁵.

S'il n'est pas contesté que l'appel d'offres fonctionnel peut s'appliquer pour des marchés de construction, son admissibilité en relation avec des marchés de services est bien plus délicate. Nous l'avons vu, dans ce genre de procédure le pouvoir adjudicateur se limite à définir ses besoins, laissant le soin aux soumissionnaires de définir les moyens les plus appropriés pour y répondre. Or cette manière de faire, dans le cadre d'un marché de services, pose plusieurs problèmes¹¹⁶.

L'objet du marché étant défini de manière imprécise, les offres des concurrents peuvent se révéler très différentes les unes des autres. Le projet idéal n'existe alors tout simplement pas, le risque en découlant, pour le pouvoir adjudicateur, de ne pas choisir l'offre la plus efficace pour répondre à ses besoins¹¹⁷. De plus, en l'absence d'une description de la prestation attendue, il devient extrêmement difficile de garantir le principe d'égalité de traitement, les offres des concurrents n'étant alors pas comparables. Dans l'arrêt bâlois précédemment cité¹¹⁸, les documents de soumission ne donnaient aucune caractéristique de la prestation attendue. En conséquence, les évaluations des coûts opérées par les soumissionnaires présentaient des disparités telles que toute comparaison s'est révélée impossible¹¹⁹.

¹¹³ DUBEY Jacques, *Le concours en droit des marchés publics, op.cit.*, p. 147, n. 407.

¹¹⁴ TA VD GE.2005.0086 du 21 avril 2006 ; TA VD GE.2003.0064 du 29 août 2003 ; BLVGE 2001 p. 166 ss du 5 septembre 2001.

¹¹⁵ ESSEIVA Denis, *Concours, mandats d'étude parallèles et autres procédures spéciales en droit cantonal*, in DC 1/06 p. 44, p. 44.

¹¹⁶ DC 2/03 p. 59, S6 avec note de Denis ESSEIVA.

¹¹⁷ DC 2/04 p. 63, S4.

¹¹⁸ BLVGE 2001 p. 166 ss du 5 septembre 2001.

¹¹⁹ DC 2/03 p. 59, S6 avec note de Denis ESSEIVA.

Il semble donc que l'admissibilité d'un appel d'offres fonctionnel dans le cadre d'un marché de mandataires, dépende du degré de précision lors de la définition du but et de la prestation par le pouvoir adjudicateur¹²⁰.

En droit vaudois, cette question avait été implicitement laissée ouverte dans un arrêt GE.2003.0064 du 29 août 2003. En 2009, le Tribunal cantonal a admis l'adjudication d'un marché de services au moyen d'un appel d'offres fonctionnel¹²¹. Dans cette affaire, le pouvoir adjudicateur avait été contraint de corriger les offres des concurrents afin de les rendre comparables, au vu des importants écarts de prix entre elles. Toutefois, contrairement à l'arrêt précité¹²², le Tribunal a estimé qu'en l'espèce, le cahier des charges donnait une description suffisamment précise des buts et de la prestation attendue¹²³. Il a alors admis cette correction des prix, bien que la qualifiant d'approximative et ne respectant pas, au surplus, les principes de transparence et d'égalité de traitement¹²⁴.

Notons enfin que la procédure de soumission fonctionnelle devrait s'appliquer dans des cas présentant certaines particularités, telle que, comme mentionné *supra*, la complexité de la prestation à accomplir. A défaut, la procédure ordinaire doit primer¹²⁵.

3.2.3. Respect des grands principes

La grande rigueur du droit des marchés publics découle des objectifs et principes que la législation défend. Les mécanismes mis en place en vue de parer à cette rigidité peuvent donc venir facilement se heurter à ces derniers. Ainsi, l'appel d'offres fonctionnel se doit de respecter certaines exigences particulières¹²⁶.

Afin de garantir le principe de transparence, nous l'avons vu, le pouvoir adjudicateur ne peut se borner à formuler un vague objectif que la prestation devrait atteindre. Au contraire, il doit définir des critères d'adjudication de manière précise et complète afin d'être en mesure, par la

¹²⁰ DC 2/03 p. 59, S6 avec note de Denis ESSEIVA.

¹²¹ CDAP VD MPU.2008.0002 du 30 octobre 2009.

¹²² Cf. BLVGE 2001 p. 166 ss du 5 septembre 2001.

¹²³ CDAP VD MPU.2008.0002 du 30 octobre 2009, consid. 3b.

¹²⁴ DUBEY Jacques, *Appel d'offres fonctionnel portant sur des services*, in : DC 2/10 p. 85, p. 85.

¹²⁵ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, *op.cit.*, p. 216 et les références citées.

¹²⁶ DUBEY Jacques, *Le concours en droit des marchés publics*, *op.cit.*, p. 147, n. 407.

suite, d'apprécier et de comparer les offres¹²⁷. Pour ce faire, il est impératif qu'il énonce « *des objectifs chiffrés, clairs et exhaustifs en ce qui concerne les aspects techniques, économiques, programmatiques - voire esthétiques - du marché* »¹²⁸.

La mise en soumission fonctionnelle menace également le principe d'égalité de traitement dans la mesure où, afin d'épurer les offres, de les rendre comparables et de les adapter à l'appel d'offres, des contacts entre pouvoir adjudicateurs et soumissionnaires sont inéluctables. A cet égard, la jurisprudence admet que le pouvoir adjudicateur adapte, après le dépôt des offres, son programme de prestations et demande ainsi des compléments aux soumissionnaires. Plusieurs conditions doivent alors être réunies¹²⁹.

Une telle démarche nécessite en premier lieu l'accord de tous les concurrents¹³⁰. De plus, les adaptations doivent être communiquées à l'ensemble des soumissionnaires, un délai leur étant accordé pour modifier leur offre en conséquence. Ce délai doit être le même pour tous les candidats. Ceux-ci doivent également avoir la possibilité de chiffrer à nouveau complètement leur offre, sans être limité à la présentation de plus- ou moins-values. Enfin, les adaptations opérées par le pouvoir adjudicateur ne doivent pas consister en une modification essentielle des prestations mais peuvent uniquement se rapporter à des points secondaires, à défaut le principe d'égalité de traitement ne serait plus garanti¹³¹.

3.3. Le dialogue compétitif

3.3.1. Généralités

A l'instar de l'art. 16a al. 2 OMP, le procédé du dialogue, prévu à l'art. 26a OMP, a été instauré lors de la révision partielle de 2009 de l'OMP. Il s'inscrit dans le même genre de

¹²⁷ DUBEY Jacques, *Appel d'offres fonctionnel portant sur des services*, *op.cit.*, p. 85.

¹²⁸ DC 2/03 p. 59, S6 avec note de Denis ESSEIVA.

¹²⁹ DUBEY Jacques, *Le concours en droit des marchés publics*, *op.cit.*, p. 148, n. 409.

¹³⁰ On entend par là, un consentement de principe. Le pouvoir adjudicateur peut décider de modifier son marché sans l'accord des soumissionnaires, mais il ne peut pas, par la suite, disposer librement des offres de ceux-ci sans leur consentement. Il serait évidemment néfaste pour les fonds publics que les soumissionnaires puissent empêcher la modification du marché.

¹³¹ TA VD GE.2003.0038 du 4 juillet 2003, consid. 3c.

configurations que l'appel d'offres fonctionnel, en ce sens qu'il est voué à s'appliquer lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas apte à définir précisément ses besoins en raison des prestations complexes ou intellectuelles qu'il souhaite acquérir. L'entité adjudicatrice peut ainsi tirer parti de l'expérience des soumissionnaires qui vont définir eux-mêmes les moyens de satisfaire ses besoins et dégager les solutions techniques, financières ou juridiques au marché¹³².

Les prestations complexes ou intellectuelles impliquant la recherche de solutions ou de procédés de la part des soumissionnaires, il peut en découler, par la suite, un besoin de discuter des propositions faites par ces derniers¹³³. Le dialogue offre une solution intéressante à ce sujet¹³⁴.

3.3.2. Procédure

Le dialogue ne représente pas, en lui-même, une procédure spéciale mais peut être mis en place dans toute procédure (ouverte, sélective, sur invitation). L'art. 26a OMP nous apprend toutefois que la possibilité de mener un dialogue (al. 1) ainsi que ses conditions (al. 3) doivent avoir été mentionnées dans l'appel d'offres¹³⁵.

Une fois cette modalité remplie et les offres déposées, le pouvoir adjudicateur apprécie les différentes solutions proposées et sélectionne au moins trois soumissionnaires, en fonction de leur aptitude, avec lesquels il souhaite ouvrir un dialogue. Dans ce cadre et après plusieurs tours de discussions si nécessaires, il détermine et acquiert la solution la plus apte à répondre à ses besoins. Il invite ensuite les soumissionnaires à développer ce projet, ces derniers

¹³² LEUTHOLD Alexis, *Verhandlungen und der neue « Dialog » - Spielräume bei Bund und den Kantonen*, in : ZUFFEREY, STÖCKLI (édit.), *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, p. 277 ss, p. 283, n. 16.

¹³³ CONFEDERATION SUISSE, GIMAP guide interactif pour les marchés publics – Dialogue, <http://www.gimap.admin.ch/glossar/index.html?action=id&id=56&lang=fr>, consulté le 16 avril 2016.

¹³⁴ ZUFFEREY Jean-Baptiste, *La nouvelle Directive européenne 2004/18/CE vue de la Suisse*, in : DC 4/04 p. 161, p. 162,

¹³⁵ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics, op.cit.*, p. 216-217.

présentant ultérieurement une offre finale sur cette base (art. 26a al. 3 OMP). Le marché est finalement attribué à l'offre économiquement la plus favorable¹³⁶.

Durant la procédure de dialogue, l'adjudicateur devra veiller au respect de certaines règles strictes, notamment le respect de la confidentialité des échanges (art. 8 al. 1 litt. d LMP)¹³⁷. Il est également tenu de garder une trace de la teneur des dialogues afin de garantir les principes de transparence et d'égalité de traitement (art. 26a al. 4 OMP)¹³⁸.

3.3.3. Portée

Le dialogue s'apparente à une forme de négociations dans la mesure où il consiste à discuter et à améliorer les projets présentés. Il trouve donc son fondement juridique à l'art. 20 LMP, comme c'est le cas de l'art. 26 OMP. Il convient toutefois de le distinguer des négociations prévues par cette dernière disposition. En effet, les solutions ou les procédés présentés par les soumissionnaires dans le cadre du dialogue ne règlent pas tous les points essentiels du contrat et ne peuvent, par conséquent, être qualifiés d'offres à proprement parler au sens des articles 3 ss CO. Les concurrents n'ont pas besoin d'énoncer leur offre dans les moindres détails puisque le dialogue aura justement pour but de les améliorer au fil des discussions. Ce procédé se distingue ainsi de la « pure » négociation des offres¹³⁹.

De plus, le champ d'application du dialogue est limité, nous l'avons vu, aux prestations complexes ou intellectuelles, à savoir les cas dans lesquels l'adjudicateur est incapable de déterminer la meilleure solution ou approche en fonction de ses besoins ou lorsqu'il attend un certain travail innovant de la part des soumissionnaires. Si la notion de prestation intellectuelle semble évidente, il n'en va pas de même pour les prestations complexes. L'ordonnance reste d'ailleurs muette à ce sujet¹⁴⁰.

¹³⁶ ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Les grandes nouveautés en droit des marchés publics - De lege lata et ferenda, op.cit.*, p. 7-8.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 8, n. 22.

¹³⁸ DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES, *Rapport explicatif sur la modification de l'ordonnance sur les marchés publics*, 1^{er} janvier 2010, p. 18.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 17 ; LEUTHOLD Alexis, *op.cit.*, p. 284-285, n. 19.

¹⁴⁰ LEUTHOLD Alexis, *op.cit.*, p. 288, n. 25.

LEUTHOLD précise à cet égard qu'il revient à la pratique de distinguer ce qui peut être qualifié de complexe ou non. Toutefois, il expose certaines configurations dans lesquelles le dialogue peut s'appliquer :

- En cas d'absence de solution technique, soit quand l'adjudicateur n'est pas en mesure de préciser à l'avance les moyens techniques auxquels il devra recourir ;
- En cas de multitudes de solutions techniques, soit quand l'adjudicateur est incapable de déterminer, parmi elles, celle qui répondra le mieux à ses besoins ;
- En cas de manque de vue d'ensemble du marché, à savoir lorsque l'entité adjudicatrice peine à avoir un aperçu de toutes les solutions qui s'offrent à elle ; et, enfin,
- Lorsque le cas présente une certaine complexité juridique ou financière, soit les projets impliquant « *un financement complexe et structuré, dont le montage financier et juridique ne peut être défini à l'avance* » (p.ex. : PPP)¹⁴¹.

3.3.4. Intérêts

Dans la mesure où le dialogue compétitif est utilisé lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas capable de procéder à une description détaillée de ses besoins, il se déroulera généralement sous la forme d'une soumission fonctionnelle¹⁴². On peut donc en tirer les mêmes avantages énoncés à l'occasion de cette dernière, à savoir renforcer la concurrence en assouplissant la procédure et en suscitant l'esprit d'innovation des soumissionnaires et, réaliser des économies sur les dépenses publiques en réduisant les coûts de planification¹⁴³.

De plus, les discussions menées avec les soumissionnaires permettent au pouvoir adjudicateur, au terme du dialogue, d'établir un cahier des charges, chose qui ne pouvait être fixée au début de la procédure de passation¹⁴⁴.

¹⁴¹ LEUTHOLD Alexis, *op.cit.*, p. 289-290, n. 27-30 ; COMMISSION EUROPEENNE, *Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique*, CC/2005/04, Révision 1 du 5.10.2005, ch. 2.3.

¹⁴² A cet égard voir notamment ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Les grandes nouveautés en droit des marchés publics - De lege lata et ferenda*, *op.cit.*, p. 8.

¹⁴³ ESSEIVA Denis, *Les grandes nouveautés : La législation et les normes privées – Droit suisse*, in : ZUFFEREY, STÖCKLI (édit.), *Marchés publics 2008*, Zurich 2008, p. 3 ss, p. 7-8 ; Cf. *supra* 3.2.2.

¹⁴⁴ LEUTHOLD Alexis, *op.cit.*, p. 283, n. 16.

Il convient également de relever qu'en comparaison du « dialogue technique » (ou préimplication), le dialogue compétitif présente cet avantage qu'il ne prend pas place avant la publication de l'appel d'offres. Les problèmes de participation antérieure réglés à l'art. 21a OMP ne se posent donc pas¹⁴⁵.

Enfin, l'introduction du dialogue compétitif est apparue comme une bonne alternative à certaines procédures incertaines utilisées jusqu'alors (mandat d'études parallèles avec adjudication de gré à gré ; concours d'études et de réalisation)¹⁴⁶.

3.3.5. Particularités et difficultés soulevées

Dans le cadre du dialogue, le pouvoir adjudicateur doit être particulièrement attentif au principe d'égalité de traitement et au respect des dispositions sur la propriété intellectuelle. Il doit en effet mener le dialogue de façon non-discriminatoire, notamment en veillant à ne pas avantager certains soumissionnaires en fonction des informations données¹⁴⁷.

De même, les solutions développées par un soumissionnaire ne peuvent être communiquées aux autres concurrents ni utilisées par le pouvoir adjudicateur sans le consentement exprès de l'intéressé au risque de violer les droits de propriété intellectuelle. En définitive, si le pouvoir adjudicateur désire utiliser le procédé d'un soumissionnaire, il devra l'acquérir en indemnisant de ce fait l'intéressé¹⁴⁸.

Il convient également de rémunérer les soumissionnaires pour leur participation au dialogue en raison des coûts engendrés par les moyens inhabituels mais nécessaires au développement de solutions ou de procédés. D'ailleurs, le pouvoir adjudicateur est tenu d'informer à l'avance les soumissionnaires des modalités de rémunération¹⁴⁹. Notons toutefois que le rapport explicatif relatif à la future révision de l'OMP précise que l'adjudicataire du marché ne peut

¹⁴⁵ LEUTHOLD Alexis, *op.cit.*, p. 283, n. 16.

¹⁴⁶ ZUFFEREY Jean-Baptiste, *La nouvelle Directive européenne 2004/18/CE vue de la Suisse, op.cit.*, p. 163.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ ESSEIVA Denis, *Les nouveautés en législation et l'autorégulation*, in : DC 1/06 p. 4 ss, p. 8.

¹⁴⁹ DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES (2010), *op.cit.*, p. 17.

prétendre à aucune rémunération à ce sujet. En effet, dans la mesure où le marché lui est attribué, il ne se justifie plus de le rémunérer pour sa participation au dialogue¹⁵⁰.

De plus, comme le pouvoir adjudicateur peut être amené à adjuger le marché à un soumissionnaire qui n'est pas l'auteur du projet de base, des problèmes liés à la responsabilité respective de l'adjudicateur et de l'auteur peuvent surgir en cas de difficultés ultérieures¹⁵¹.

Enfin, bien que le pouvoir adjudicateur réalise certaines économies sur ses coûts de planification, le dialogue reste une procédure chère en raison de l'achat du projet choisi et de la rémunération des participants au dialogue¹⁵². Le Département fédéral des finances avait d'ailleurs estimé, lors de l'introduction du dialogue, que son utilisation serait forcément limitée au vu des coûts engendrés¹⁵³.

3.4. Les systèmes des lots et des options

3.4.1. Le système des lots (offres partielles)

D'une manière générale, l'adjudicateur exige des soumissionnaires qu'ils présentent une offre globale répondant aux critères de l'appel d'offres (art. 22 al. 1 OMP). Toutefois, l'OMP lui donne la faculté de diviser le marché en plusieurs prestations partielles, les lots (art. 22 al. 2 OMP). Les soumissionnaires ont alors la possibilité de présenter des offres partielles correspondant aux différents lots, et/ou une offre globale si l'adjudicateur n'a pas expressément supprimé cette faculté (art. 22 al. 3 OMP). Ce dernier peut également exiger que les offres partielles soient accompagnées d'une offre globale (art. 22 al. 4 OMP)¹⁵⁴.

Pour des considérations de transparence, la division du marché en lots doit être annoncée dans l'appel d'offres (Annexe 4 ch. 3 litt. c OMP). Cela doit être fait de manière claire. Il n'est par

¹⁵⁰ DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES, *Rapport explicatif concernant la révision de l'ordonnance sur les marchés publics*, 1^{er} avril 2015, p. 11.

¹⁵¹ ESSEIVA Denis, *Les nouveautés en législation et l'autorégulation*, *op.cit.*, p. 8.

¹⁵² ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Les grandes nouveautés en droit des marchés publics - De lege lata et ferenda*, *op.cit.*, p. 8, n. 21.

¹⁵³ DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES (2010), *op.cit.*, p. 17.

¹⁵⁴ En droit vaudois, cf. art. 4 al. 1 RLMP-VD, art. 15 al. 1 litt. b RLMP-VD et art. 38 RLMP-VD.

exemple pas compatible avec la loi d'annoncer la division du marché en quatre lots distincts pour finalement fractionner ceux-ci encore une fois en différentes prestations¹⁵⁵.

A noter que le morcellement du marché ne contraint pas, par la suite, l'adjudicateur à octroyer chaque lot à des soumissionnaires distincts. Ainsi, il garde la possibilité d'attribuer tous les lots au même candidat s'il estime que celui-ci a déposé l'offre globale la plus avantageuse économiquement pour chaque lot. De même, il peut adjuger un lot à un soumissionnaire n'ayant présenté qu'une offre globale¹⁵⁶.

Toutefois, lorsque l'adjudicateur annonce l'allotissement du marché, il doit procéder à une évaluation des offres lots par lots avant d'adjuger ceux-ci et non à une évaluation globale, faute de quoi il risque de violer les principes de transparence et de non-discrimination¹⁵⁷.

L'art. 7 al. 1 LMP nous rappelle que l'entité adjudicatrice ne peut diviser le marché dans le seul but d'éluder les dispositions procédurales de la législation sur les marchés publics ou pour favoriser un candidat particulier¹⁵⁸.

Si l'adjudication globale présente l'avantage d'être moins coûteuse, le fait de diviser le marché en lots permet d'accroître la concurrence entre soumissionnaires et favorise notamment la participation des PME aux marchés de grande ampleur, habituellement hors de leur portée¹⁵⁹. Le fait de traiter avec plusieurs partenaires contractuels permet également de limiter les risques liés à la dépendance d'un seul d'entre eux¹⁶⁰.

3.4.2. Les options

L'option confère la possibilité à l'entité adjudicatrice de conclure, ultérieurement, un nouveau contrat ou d'étendre le contrat existant à de nouvelles prestations dont elle pourrait avoir besoin. L'art. 7 al. 4 LMP précise que, lorsque le marché comprend une telle option, sa valeur doit être prise en compte dans le calcul total de la valeur du marché. De plus, cette possibilité doit avoir été mentionnée dans l'appel d'offres (art. 16 al. 1 OMP, Annexe 4 ch. 3

¹⁵⁵ DC 2/06 p. 90, S23.

¹⁵⁶ DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES (2010), *op.cit.*, p. 17.

¹⁵⁷ ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Offres et variantes*, in : DC 1/16 p. 52, p. 53.

¹⁵⁸ DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES (2010), *op.cit.*, p. 17.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, *op.cit.*, p. 217, n. 346.

litt. b OMP)¹⁶¹. A défaut, une extension ultérieure **du contrat** à d'autres prestations n'est pas possible¹⁶².

Outre l'examen des options dans le cadre du calcul de la valeur du marché, celles-ci doivent également être prises en compte lors de l'évaluation de l'offre. Cela se justifie notamment pour des raisons d'égalité de traitement mais également dans un but d'économie des fonds publics¹⁶³. En effet, si l'adjudicateur n'en tient pas compte (notamment lors de l'évaluation du critère du prix), il sera certes en mesure d'estimer laquelle des offres est économiquement la plus favorable, pour le cas où l'option ne serait pas utilisée, en revanche, il pourra difficilement appréhender les conséquences financières de la réalisation de l'option¹⁶⁴.

Lorsque le pouvoir adjudicateur entend acquérir la prestation prévue par l'option, il lui suffit de faire usage de cette faculté sans avoir à relancer de marché. En revanche, si l'autorité n'annonce pas cette possibilité dans l'appel d'offres, il ne peut étendre ultérieurement **le marché** à cette prestation¹⁶⁵. Cela s'apparenterait alors à une modification de marché pour laquelle une interruption et un renouvellement de la procédure s'imposent¹⁶⁶.

3.5. La modification du marché

3.5.1. Généralités

Dans la mesure où l'appel d'offres décrit les prestations attendues par l'adjudicateur (quantité, qualité, exigences techniques, etc.), il sert de base à l'élaboration des offres des soumissionnaires qui doivent s'y conformer. Il est donc naturel qu'il ait également force obligatoire pour l'entité qui l'émet. Le Tribunal fédéral a ainsi estimé que des modifications apportées à ce document étaient interdites, avec une nuance toutefois, celle des modifications

¹⁶¹ En droit vaudois, cf. art. 4 al. 2 RLMP-VD et art. 13 al. 1 litt. c RLMP-VD.

¹⁶² TRÜEB Hans Rudolph, *op.cit.*, art. 7 LMP, n. 15 ; Cf. *infra* 4.3.

¹⁶³ BEYELER Martin, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts - Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht*, Zurich 2012, p. 1208, n. 2238.

¹⁶⁴ BEYELER Martin, *op.cit.*, p. 1208, n. 2239.

¹⁶⁵ Sauf si cette extension se fait dans le respect des conditions de modifications minimales du marchés. Cf. *infra* 3.5.2.

¹⁶⁶ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics, op.cit.*, p. 218, n. 347.

mineures¹⁶⁷. Cette pratique permet de maintenir la transparence nécessaire à la procédure de passation et d'appréhender les cas de discrimination, ce qui, en définitive, tend à favoriser la concurrence et l'économie des deniers publics¹⁶⁸.

3.5.2. Les modifications minimales

En matière de modification du marché, le principe est donc celui de la stabilité de l'appel d'offres. Ce postulat risque toutefois de se heurter au besoin de flexibilité présent dans les procédures de passation. Cela est particulièrement le cas lorsqu'en cours de procédure, de nouveaux procédés techniques sont découverts, un nouveau cadre juridique est adopté, des changements sont opérés dans la gestion de l'entité ou lorsque l'adjudicateur, en raison de la complexité du marché, n'avait pas été en mesure de définir précisément ses besoins¹⁶⁹. Il convient donc de poser des limites au postulat de la stabilité de l'appel d'offres afin de permettre une adaptation du marché aux nouvelles circonstances, procédé indispensable à la bonne gestion des fonds publics¹⁷⁰.

A cet égard, l'art. XIV al. 4 lit. b AMP prévoit qu'en cas de modifications apportées aux prescriptions techniques ou aux critères, l'entité adjudicatrice doit en informer tous les soumissionnaires encore parties à la procédure. Cette disposition admet ainsi implicitement que certains points des documents de soumission puissent être modifiés¹⁷¹. Elle ne précise cependant pas dans quels cas ni dans quelle mesure de tels changements sont admissibles, laissant le soin à la pratique nationale d'en fixer les limites, ce dans le respect des principes et des objectifs de la législation sur les marchés publics¹⁷².

Dans cette optique, la jurisprudence suisse a admis, à certaines conditions, que des modifications mineures soient apportées au marché en cours de procédure. Ainsi, lorsque

¹⁶⁷ JÄGER Christophe, *Öffentliches Beschaffungsrecht*, in : MÜLLER, FELLER (édit.), *Bernisches Verwaltungsrecht*, 2^e éd., Berne 2013, p. 841-842, n. 108-110 et les références citées.

¹⁶⁸ LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, Zurich 2009, p. 114, n. 364.

¹⁶⁹ Sur ce dernier point, cf. notamment *supra* 3.2.

¹⁷⁰ LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, *op.cit.*, p. 114-115, n. 365.

¹⁷¹ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, *op.cit.*, p. 218, n. 349.

¹⁷² LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, *op.cit.*, p. 115, n. 366.

l'entité adjudicatrice souhaite modifier son marché - que cela concerne la nature, la portée, la qualité, l'exécution ou toutes autres spécifications relatives à des **points secondaires** de la prestation, voire même les conditions de soumission – elle doit le faire dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement¹⁷³.

Pour ce faire, le pouvoir adjudicateur doit informer tous les soumissionnaires, de manière non discriminatoire, des modifications opérées. Dans un deuxième temps, si cela s'avère nécessaire, il impartit un délai aux concurrents afin que ceux-ci puissent adapter leur offre en fonction des changements apportés au marché. Enfin, la modification doit évidemment concerner des points accessoires¹⁷⁴.

En droit cantonal, une exigence supplémentaire s'ajoute, liée à l'interdiction des rounds de négociation qui prévaut à ce niveau. En effet, si l'entité adjudicatrice souhaite modifier son marché après l'ouverture des offres, le procédé peut alors s'apparenter à une forme de négociations non admissible au niveau cantonal. L'entité adjudicatrice doit donc veiller¹⁷⁵ à ce que son attitude ne tombe pas sous le coup de cette interdiction¹⁷⁶.

Pour ce qui est du droit fédéral, il n'est pas exclu que l'adjudicateur modifie son marché après l'ouverture des offres dans la mesure où les négociations sont autorisées par l'art. 20 LMP. Il doit, ici aussi, veiller au respect des principes de transparence et d'égalité de traitement, en communiquant de manière non discriminatoire les changements à tous les soumissionnaires et

¹⁷³ LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, *op.cit.*, p. 116-117, n. 370-372.

¹⁷⁴ ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Modifications en cours de procédure d'adjudication*, in : DC 1/16 p. 47, n. 24.

¹⁷⁵ Selon nous, une adaptation de l'offre faisant suite à une modification du marché par le pouvoir adjudicateur, aux conditions énoncées dans le présent chapitre, est possible en droit cantonal (nouvelles connaissances techniques, nouveau cadre juridique, appel d'offres fonctionnel). Sur ce point, cf. les jurisprudences cantonales citées par LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, *op.cit.*, p. 117-118, n. 374.

¹⁷⁶ ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Modifications en cours de procédure d'adjudication*, in : DC 1/16 p. 47, n. 24. ; POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, *op.cit.*, p. 219, n 349.

en leur permettant d'adapter leur offre aux nouvelles exigences¹⁷⁷. De plus, les modifications opérées ne doivent pas être un moyen de rendre conformes à l'appel d'offres certaines offres qui ne l'étaient initialement pas¹⁷⁸. En raison des risques d'abus liés à la modification du projet après l'ouverture des offres, on estime que les soumissionnaires devraient, en sus, donner leur consentement à ce procédé¹⁷⁹.

En définitive, LEUTHOLD soumet la modification de l'appel d'offres à trois conditions :

- La modification concerne un point non essentiel (cf. 3.5.3.)¹⁸⁰ ;
- Une raison objective doit justifier la modification de l'appel d'offres¹⁸¹, ce qui permet d'éviter des changements uniquement destinés à favoriser tel ou tel concurrent¹⁸² ; et, enfin,
- Lorsque la modification intervient après l'ouverture des offres, le pouvoir adjudicateur doit donner la possibilité aux soumissionnaires d'adapter leur offre en conséquence¹⁸³.

3.5.3. Les modifications essentielles

L'art. 30 al. 3 OMP pose le principe selon lequel l'entité adjudicatrice doit interrompre et renouveler la procédure lorsqu'elle entend apporter des modifications importantes au projet. En droit intercantonal, l'art. 13 lit. i AIMP prévoit également cette possibilité en présence de justes motifs, notamment en cas de modification notable du projet initial¹⁸⁴.

¹⁷⁷ LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, op.cit., p. 116-117, n. 371.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 115-116, n. 369.

¹⁷⁹ TA VD GE.2003.0038, consid. 3b. ; cf. note 130.

¹⁸⁰ LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, op.cit., p. 119, n. 378 ss.

¹⁸¹ Cf. les motifs invoqués *supra* 3.5.2. § 1.

¹⁸² LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, op.cit., p. 122, n. 387 ss.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 123, n. 390 ss.

¹⁸⁴ Cf. Directives d'exécution de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 novembre 1994 (§ 36 ch. 1 lit. d).

Il découle donc de ces dispositions que des changements importants ne peuvent être opérés qu'à travers le renouvellement du marché, une modification en cours de procédure étant prohibée¹⁸⁵.

Notons que la décision d'interrompre la procédure n'est pas sans conséquences. Elle consiste notamment à revenir sur la décision déjà entrée en force que constitue l'appel d'offres et nuit ainsi fortement à la sécurité du droit. De plus, elle entraîne des retards considérables dans le déroulement de la procédure ainsi que des coûts supplémentaires à la charge de l'Etat. Enfin, bien que la décision se justifie pour des motifs de concurrence efficace, elle peut avoir l'effet inverse en raison de la prise de connaissance potentielle par certains soumissionnaires des premières offres de leurs concurrents¹⁸⁶.

Pour toutes ces raisons, la décision d'interrompre et de renouveler la procédure doit être prise pour des motifs objectifs¹⁸⁷. L'adjudicateur ne doit pas, par ce procédé, se rendre coupable de manipulations en violant notamment le principe d'égalité de traitement et la confidentialité des offres¹⁸⁸.

Reste donc à déterminer le moment à partir duquel il convient de parler de modifications importantes du marché. A cet égard, on considère que le changement est essentiel lorsqu'il est de nature à étendre le cercle des soumissionnaires potentiels ou lorsqu'il influe sur la valeur du marché de telle sorte qu'une autre procédure de soumission doit être choisie en raison des valeurs seuils¹⁸⁹.

Dans le premier cas, un renouvellement de la procédure se justifie afin de garantir une concurrence pleine et entière ainsi que le respect du principe d'égalité de traitement. En effet, seuls les soumissionnaires estimant être en mesure de présenter une offre conforme à l'appel d'offres initial participent à la procédure. Si des modifications sont apportées à ce document,

¹⁸⁵ LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, *op.cit.*, p. 119, n. 378.

¹⁸⁶ Arrêt du TAF B-6274/2015 du 21 décembre 2015, consid. 4.6.1.

¹⁸⁷ RFJ 2001 p. 355, p. 364 ; cf. notamment ATF 141 II 353 où l'intérêt à l'interruption du marché n'a pas été jugé suffisant.

¹⁸⁸ DC 2/04 p. 70, S37, avec note de Denis ESSEIVA.

¹⁸⁹ LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, *op.cit.*, p. 119-120, n. 379.

il est fort à parier que des concurrents - ayant renoncé, dans un premier temps, à présenter une offre au vu du cahier des charges - soient finalement concernés par la procédure, car capables de présenter une offre répondant aux nouveaux besoins de l'entité adjudicatrice¹⁹⁰.

Dans la seconde hypothèse, les risques de distorsions de concurrence ne sont pas à négliger. En effet, si les modifications influent sur la valeur du contrat, il se peut qu'une procédure impliquant une plus large concurrence (sélective ou ouverte plutôt que sur invitation ou de gré à gré) s'impose en raison du respect des seuils des marchés publics¹⁹¹.

Malgré ces quelques précisions, la frontière entre les changements essentiels et ceux qui ne le sont pas n'est pas facile à établir, en particulier lorsqu'il s'agit de savoir si la modification influe sur le cercle des soumissionnaires potentiels. Il revient donc à la pratique de tracer les limites entre ces deux notions¹⁹².

3.5.4. Cas d'application

Dans un arrêt vaudois de 2015, la Cour de droit administratif et public a estimé que le report du début des travaux de quatre mois ne constituait pas une modification essentielle du marché. Il ne s'agit là que d'une modification accessoire soumise au respect des principes de transparence et d'égalité de traitement¹⁹³.

Le Tribunal administratif fédéral a jugé que l'adaptation, en cours de procédure, des critères de qualification, en raison de l'existence d'une nouvelle réglementation, était de nature à restreindre le cercle des soumissionnaires, non à l'étendre. Partant, la modification n'est pas essentielle. L'interruption de la procédure ne se justifie pas dans la mesure où le pouvoir adjudicateur peut adapter son marché en informant les soumissionnaires des modifications des critères et en leur permettant de s'y conformer ou de se retirer de la procédure¹⁹⁴.

Dans le même sens, une jurisprudence jurassienne nous indique que si le pouvoir adjudicateur souhaite renoncer à une prestation en cours de procédure, il convient d'interrompre et de

¹⁹⁰ LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, *op.cit.*, p. 120, n. 380.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 120, n. 383.

¹⁹² *Ibid.*, p. 120, n. 382 ; cf. en particulier p. 120-122, n. 384-386.

¹⁹³ CDAP VD MPU.2015.0001 du 18 juin 2015.

¹⁹⁴ Arrêt du TAF B-6274/2015 du 21 décembre 2015, consid. 4.6.3.

renouveler le marché¹⁹⁵. En effet, le cercle des soumissionnaires peut s'en trouver élargi au vu des exigences moins élevées que celles initialement prévues. L'arrêt précise toutefois que le Tribunal fédéral reste réticent à admettre la renonciation unilatérale à une prestation, notamment lorsque celle-ci intervient après l'ouverture des offres en raison des risques de traitements discriminatoires que cela engendre¹⁹⁶.

Enfin, il a été jugé contraire au droit des marchés publics de modifier l'objet du marché dans une mesure qui avantage un concurrent en particulier¹⁹⁷. Il n'est pas non plus envisageable d'étendre le marché à de nouvelles prestations dans le cadre de négociations avec un soumissionnaire, sans en informer les autres concurrents encore en lice¹⁹⁸.

3.6. Le cas particulier des variantes

3.6.1. Notion et cadre légal

A l'instar de l'appel d'offres fonctionnel, les variantes viennent apporter un tempérament au caractère unilatéral de la définition du contenu du contrat puisqu'elles ouvrent la possibilité aux soumissionnaires de présenter des offres permettant, certes, d'atteindre l'objectif défini par le pouvoir adjudicateur mais d'une manière différente¹⁹⁹. On peut mentionner deux types de variantes ; les variantes portant sur le projet lui-même et les variantes d'exécution. Ces dernières s'écartent de l'offre de base uniquement sur l'art et la manière d'exécuter certaines prestations, tandis que les premières touchent plus profondément les prestations attendues et peuvent prévoir un projet en partie différent de l'offre de base²⁰⁰.

¹⁹⁵ Cela dépendra toutefois de l'importance de la prestation. Il est possible d'imaginer une renonciation à une prestation accessoire, dont l'abandon n'influe pas sur la valeur du marché et sur le cercle des soumissionnaires.

¹⁹⁶ RJJ 2010 p. 131, p. 136-137.

¹⁹⁷ JAAC 2005 n° 79 p. 977 ss, consid. 2b.

¹⁹⁸ JAAC 2002 n° 86 p. 1033 ss, consid. 5

¹⁹⁹ ZUFFEREY Jean-Baptiste, STÖCKLI Hubert, *L'Etat réglemente, adjuge et construit*, *op.cit.*, p. 43-44 ; cf. art. 22a al. 2 OMP.

²⁰⁰ BEYELER Martin, *op.cit.*, p. 1094-1095, n. 2053.

D'emblée, il convient de relever que le droit positif contient peu de règles à leur sujet. L'AMP et l'AIMP ne prévoient notamment rien à cet égard²⁰¹.

Au niveau fédéral, l'art. 22a OMP, qui traite spécifiquement des variantes, autorise les soumissionnaires à présenter, en plus d'une offre globale, des offres supplémentaires portant sur des variantes (al. 1 première phrase). Le pouvoir adjudicateur garde toutefois la possibilité de restreindre ou d'exclure exceptionnellement cette faculté en le mentionnant dans l'appel d'offres (al. 1 deuxième phrase). L'art. 22a al. 2 OMP nous apprend également que la variante de prix n'est pas admissible en droit fédéral.

La loi vaudoise sur les marchés publics (LMP-VD²⁰²) ne contient aucune disposition spécifique aux variantes. En revanche, son règlement d'application (RLMP-VD²⁰³) précise que les documents d'appel d'offres doivent contenir les conditions particulières relatives aux variantes (art. 15 al. 1 lit. b RLMP-VD) et qu'une offre peut être exclue lorsque le soumissionnaire qui a présenté une variante n'a pas, en sus, déposé une offre correspondant à la formule de soumission (art. 32 al. 1 deuxième tiret lit. a RLMP-VD).

Les solutions retenues face au procédé des variantes diffèrent d'un canton à l'autre. A titre d'exemple, on peut mentionner la loi tessinoise qui en interdit le principe. Les soumissionnaires ne peuvent présenter des variantes que si l'appel d'offres prévoit expressément cette possibilité²⁰⁴.

Le choix opéré par le droit tessinois reste cependant une exception. En effet, il est judicieux de permettre aux soumissionnaires de présenter des variantes à l'offre de base afin de mettre à profit leur savoir technique et leur esprit d'innovation et ainsi de stimuler la concurrence. Cela peut également présenter des avantages en termes économiques lorsque la variante permet d'atteindre l'objectif poursuivi d'une manière plus économe²⁰⁵. C'est pourquoi, on retient

²⁰¹ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics, op.cit.*, p. 219, n. 350.

²⁰² RSV 726.01

²⁰³ RSV 726.01.1

²⁰⁴ DC 2/06 p. 93, S63, S64.

²⁰⁵ TA VD GE.2000.0165 du 17 avril 2001, consid. 1a bb.

généralement l'admissibilité de principe des variantes - avec la possibilité d'y ménager des exceptions - et non leur interdiction²⁰⁶.

3.6.2. Règles applicables

Lorsqu'une soumissionnaire décide de présenter une variante au projet de base, il se doit de respecter certaines exigences formelles et matérielles. Nous nous intéresserons ici au droit fédéral, dans la mesure où les solutions cantonales diffèrent parfois de ce régime.

En premier lieu, nous l'avons vu, l'offre portant sur une variante doit être **accompagnée d'une offre globale** répondant aux critères des documents de soumission (art. 22 al. 1 OMP première phrase)²⁰⁷. Selon BEYELER, la justification de cette exigence réside dans le risque que chaque soumissionnaire présente uniquement des variantes qui, en définitive, ne portent pas sur des prestations équivalentes à celles de base, ce qui contraindrait le pouvoir adjudicateur à interrompre la procédure²⁰⁸.

De plus, la variante doit être **complète**. Cela signifie que l'offre qui constitue la variante se doit d'être conforme aux documents de soumission et ainsi de répondre à toutes les exigences du pouvoir adjudicateur. A défaut, la variante risque d'être considérée comme une offre partielle, incomplète ou insuffisamment détaillée, pouvant être exclue de la procédure²⁰⁹.

Pour être formellement admise, la variante doit également être **claire**, tout d'abord quant à son identité de variante mais également quant à son contenu, ses fonctions spécifiques, ses avantages et ses inconvénients. Enfin, elle doit contenir des indices démontrant qu'elle offre des prestations équivalentes à l'offre de base²¹⁰.

Ce dernier point implique que, matériellement, les solutions offertes par la variante soient susceptibles d'atteindre, dans une même mesure que l'offre de base, les objectifs essentiels

²⁰⁶ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics, op.cit.*, p. 220, n. 351.

²⁰⁷ Le droit vaudois retient d'ailleurs également cette solution, comme mentionné *supra* (art. 32 al. 1 2^e tiret lit. a RLMP-VD). Voir BEYELER Martin, *op.cit.*, p. 1077 ss, n. 2027 ss, qui s'interroge sur l'exclusion, en soi, des variantes présentées sans offre de base.

²⁰⁸ BEYELER Martin, *op.cit.*, p. 1080-1081, n. 2030.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 1084, n. 2034.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 1088, n. 2040.

fixés par le pouvoir adjudicateur²¹¹. Les variantes peuvent donc déroger aux conditions fixées par l'appel d'offres mais doivent rester équivalentes aux offres de base sur le plan fonctionnel²¹². A défaut, la comparaison des offres s'avérerait extrêmement compliquée, voire impossible, avec le risque pour le pouvoir adjudicateur de ne pas porter son choix sur l'offre la plus économiquement avantageuse²¹³.

3.6.3. Jurisprudence choisie

Dans une affaire vaudoise où le marché portait sur la surveillance d'un centre de requérants d'asile, le pouvoir adjudicateur avait certes autorisé les variantes mais en précisant que celles de projet étaient exclues de l'appel d'offres. La variante du soumissionnaire proposant un dispositif de surveillance technique plutôt que des moyens de surveillance humains a été considérée comme une variante de projet et a ainsi été exclue²¹⁴.

Dans un cas genevois, l'entité adjudicatrice s'est vue obligée d'exclure de la procédure un soumissionnaire ayant présenté une offre ne répondant pas aux données de base de l'appel d'offres. Celle-ci n'a pas pu être qualifiée de variante dans la mesure où elle n'était pas accompagnée par une offre de base²¹⁵.

Il n'a pas été admis, dans une affaire tessinoise, qu'un soumissionnaire présente deux offres parfaitement conformes au cahier des charges. En effet, aucune de ces offres ne pouvant être qualifiée de variante, il convient de les apparenter à des offres multiples, interdites en principe en droit tessinois²¹⁶.

²¹¹ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, *op.cit.*, p. 221-222, n. 353.

²¹² DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES (2010), *op.cit.*, p. 15 ; DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES, *Rapport explicatif de la révision de la loi fédérale sur les marchés publics*, 1^{er} avril 2015, p. 65.

²¹³ BEYELER Matin, *op.cit.*, p. 1106-1107, n. 2067.

²¹⁴ DC 4/07 p. 205, S58.

²¹⁵ DC 2/10 p. 96, S21.

²¹⁶ DC 1/12 p. 37, S54.

Enfin, dans un arrêt argovien, il a été rappelé qu'il appartient au soumissionnaire de présenter sa variante de manière claire, notamment de façon à ce que le pouvoir adjudicateur puisse se rendre compte des avantages économiques de celle-ci²¹⁷.

²¹⁷ DC 4/07, p. 204, S56.

4. La modification de l'offre

4.1. Généralités

A l'instar de ce qui prévaut pour la modification du marché, le régime applicable à la modification des offres est particulièrement rigide, laissant peu de place à des possibilités de changements en cours de procédure. Cette rigidité varie selon que le stade de la procédure est avancé ou pas²¹⁸.

Ainsi, le régime est plus souple lorsque le délai pour le dépôt des offres n'est pas encore venu à terme. Jusqu'à cette échéance, les soumissionnaires restent libres d'adresser des compléments, voire de nouvelles offres au pouvoir adjudicateur²¹⁹.

Une fois celui-ci survenu toutefois, c'est le principe d'intangibilité des offres qui s'applique ce qui peut paraître trop rigide, en particulier en droit cantonal qui ne connaît pas le procédé des négociations. C'est pourquoi la loi et la pratique y ont apporté certains correctifs et cautèles²²⁰.

Notons d'emblée que les remarques effectuées à l'occasion des modifications minimales du marché sont transposables ici (*supra* 3.5.2.). En effet, lorsque le pouvoir adjudicateur décide de modifier dans une moindre mesure son projet, il doit alors permettre aux soumissionnaires d'adapter leur offre en conséquence. Cela engendre, *de facto*, une modification des offres, procédé admissible avant l'échéance du délai pour leur dépôt, également possible après l'ouverture des offres mais d'une manière plus limitée en droit cantonal²²¹.

²¹⁸ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, *op.cit.*, p. 215, n. 342.

²¹⁹ Cf. notamment art. 29 al. 3 RLMP-VD.

²²⁰ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, *op.cit.*, p. 222, n. 354 ; cf. *infra* 4.2.2. et 4.2.3.

²²¹ Cf. p. 34, note 175 ; LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, *op.cit.*, p. 113, n. 362 ; cf. plus particulièrement p. 125-126, n. 400-404. Cet auteur admet en droit cantonal, des modifications intervenant après l'ouverture des offres lorsque celles-ci font suite à une modification du marché et ne s'apparentent pas à des rounds de négociations. Sur ce point cf. notamment p. 117-118, n. 374.

4.2. La modification de l'offre après l'échéance du délai

4.2.1. En droit cantonal

4.2.1.1. Le principe d'intangibilité de l'offre

Le principe d'intangibilité des offres s'applique dès l'échéance du délai pour le dépôt de celles-ci²²². Concrètement, cela signifie que les offres doivent être analysées sur la seule base du dossier remis²²³. Il n'est ainsi pas possible de les modifier ou de les compléter après que le terme du délai soit survenu²²⁴.

Le principe d'intangibilité des offres se justifie notamment pour des considérations d'égalité de traitement. On ne voit en effet pas comment son respect pourrait être assuré en donnant la possibilité à quelques soumissionnaires de rendre leurs offres compatibles au cahier des charges ou plus conformes aux attentes du pouvoir adjudicateur²²⁵. De plus, le principe d'intangibilité des offres résulte également, en droit cantonal, de l'interdiction des rounds de négociations prévue par l'art. 11 lit. c AIMP (art. 35 RLMP-VD)²²⁶.

L'application de cette règle entraîne donc, en principe, l'exclusion d'une offre jugée incomplète puisqu'il n'est alors plus possible de la modifier. C'est notamment le cas lorsque l'offre ne répond pas aux conditions de l'appel d'offres ou lorsque certains éléments essentiels lui font défaut de sorte qu'il n'est pas possible de l'analyser selon les critères établis²²⁷.

²²² Cf. art. 29 al. 3 RLMP-VD ; art. 23 al. 4 RFRMP ; art. 39 al. 3 OJUMP ; art. 22 al. 4 LNEMP.

²²³ Arrêt du TF 2C_418/2014 du 20 août 2014, consid. 4.1.

²²⁴ RODONDI Olivier, *Offres incomplètes*, in : STÖCKLI, ZUFFEREY (édit.), *Marchés publics* 2008, p. 185 ss, p. 186, n. 63.

²²⁵ DC 1/14 p. 44, S37.

²²⁶ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics, op.cit.*, p. 222, n. 354 ; Notons que l'avant-projet de l'AIMP admet les négociations au niveau cantonal (art. 24 P-AIMP).

²²⁷ RODONDI Olivier, *Les délais en droit des marchés publics*, in : RDAF I 2007 p. 277, p. 287.

Toutefois, en application des principes de proportionnalité et d'interdiction du formalisme excessif, une offre présentant une informalité ne peut être automatiquement exclue, sans que le pouvoir adjudicateur ne procède à une appréciation de la nature du vice²²⁸.

RODONDI expose que l'exclusion d'une offre ne se justifie qu'en cas de vice présentant une certaine gravité. C'est le cas notamment des deux situations exposées *supra*²²⁹ pour lesquelles la seule possibilité de guérison réside dans la modification de l'offre. Toutefois, lorsque l'informalité est de peu d'importance²³⁰, le pouvoir adjudicateur devrait préférer une procédure dite « en complément des offres », fixant un délai uniforme aux soumissionnaires afin qu'ils remédient aux défauts affectant leur offre²³¹.

Les pratiques cantonales vis-à-vis de cette problématique peuvent diverger considérablement²³²; le canton de Genève retient notamment une exclusion de principe des offres incomplètes. La tendance générale semble toutefois aujourd'hui aller à la fixation d'un délai complémentaire aux soumissionnaires²³³.

Cette procédure dite « en complément des offres » n'est pas sans poser de problèmes sur le plan de l'égalité de traitement, notamment lorsque le soumissionnaire ayant bénéficié d'un délai supplémentaire obtient finalement le marché. Pour éviter de tels conflits, le pouvoir adjudicateur se doit d'établir une pratique claire sur le point de savoir ce qui relève d'un vice grave ou pas. Il doit, par la suite, se tenir à cette pratique en l'appliquant de manière uniforme à tous les soumissionnaires²³⁴.

²²⁸ RODONDI Olivier, *Les délais en droit des marchés publics*, *op.cit.*, p. 287; CDAP VD MPU.2013.0027 du 4 février 2014, consid. 3b et les arrêts cités.

²²⁹ Note no 206.

²³⁰ C'est le cas notamment lorsque le soumissionnaire omet de joindre une attestation permettant de vérifier les conditions de participation ainsi que les critères d'aptitude et d'adjudication.

²³¹ RODONDI Olivier, *Offres incomplètes*, *op.cit.*, p. 186-187, n. 64-65.

²³² Pour le canton de Vaud, cf. CDAP VD MPU.2013.0027 du 4 février 2014, consid. 3b et les arrêts cités.

²³³ Arrêt du TF 2C_876/2014 du 4 septembre 2015, consid. 8.2.2.; Arrêt du TF 2C_197/2010 du 30 avril 2010, consid. 6.3; Pour le canton de Vaud cf. TA VD GE.2006.0011 du 22 mai 2006.

²³⁴ RODONDI Olivier, *Les délais en droit des marchés publics*, *op.cit.*, p. 289.

4.2.1.2. Tempéraments au principe d'intangibilité de l'offre

Dans le but d'assouplir le principe d'intangibilité des offres, les droits cantonaux y ont ménagé certains tempéraments²³⁵. Notons que les moyens développés ci-après ne sont que des correctifs apportés à la rigueur de la loi mais ne permettent pas une modification des offres²³⁶.

a) La demande d'explications

Bien que les offres soient en principe analysées sur la seule base du dossier remis, le pouvoir adjudicateur a la possibilité, entre l'ouverture des offres et l'adjudication, de demander des explications aux soumissionnaires face à une offre peu claire²³⁷. Ce procédé ne peut porter que sur certains des éléments de l'offre, sans pour autant la modifier, faute de quoi le principe d'égalité de traitement ne serait plus garanti²³⁸.

Si le pouvoir adjudicateur désire recevoir des éclaircissements sur des points essentiels de l'offre, il s'agirait alors plutôt d'une offre incomplète dont le traitement, comme mentionné *supra*, diffère selon le canton concerné²³⁹.

Dans le canton de Vaud, l'art. 34 RLMP-VD traite des explications et énonce que le pouvoir adjudicateur peut demander aux soumissionnaires des explications quant à leur offre ainsi qu'à leur aptitude. Si ces explications sont fournies par oral, l'adjudicateur se doit de les retranscrire et de les soumettre au soumissionnaire concerné (al. 2). De plus, lorsque l'entité adjudicatrice requiert des explications de plusieurs soumissionnaires, elle doit, dans un souci d'égalité de traitement, leur fixer un même délai à cet effet²⁴⁰.

Il est intéressant de relever que l'art. 34 al. 1 RLMP-VD est énoncé comme une faculté de l'adjudicateur (il **peut** demander des explications). Toutefois, il est une configuration où la demande d'explications devient une obligation ; en cas d'offre anormalement basse. L'art. 36 RLMP-VD prévoit en effet qu'en présence d'une telle offre, l'adjudicateur est tenu de

²³⁵ Arrêt du TF 2C_876/2014 du 4 septembre 2015, consid. 8.2.2.

²³⁶ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics, op.cit.*, p. 215, n. 342 ;

²³⁷ RJN 2011 p. 379, p. 383.

²³⁸ RDAF 1998 I p. 252, p. 256.

²³⁹ RODONDI Olivier, *Les délais en droit des marchés publics, op.cit.*, p. 286-287 ; cf. 4.2.1.1.

²⁴⁰ *Ibid.*

demander des précisions quant à la composition de l'offre. A défaut, il ne peut l'exclure valablement de la procédure (art. 32 al. 1, 2^e tiret, lit. b RLMP-VD)²⁴¹.

b) La correction d'erreurs évidentes

Dans le même esprit, l'art. 33 al. 2 RLMP-VD (cf. également art. XIII al. 1 lit. b AMP) impose au pouvoir adjudicateur de corriger les erreurs évidentes de calcul ou d'écriture contenues dans les offres. L'al. 3 de cette disposition lui impose ensuite d'établir un tableau comparatif objectif des offres. Ici aussi, pour des motifs d'égalité de traitement, la correction ne doit pas conduire à une modification de l'offre.

Avant de procéder à la correction des erreurs évidentes, le pouvoir adjudicateur a la possibilité, conformément à ce qui a été développé *supra*, de demander des explications au soumissionnaire concerné. Il n'en a toutefois pas l'obligation dans la mesure où il doit, en tout état de cause, établir un tableau comparatif des offres rectifiées et le soumettre au candidat afin que celui-ci puisse se déterminer à son sujet²⁴².

Enfin, lorsqu'il procède à la rectification des offres, l'adjudicateur doit le faire de manière lisible et claire afin que le soumissionnaire soit en mesure de comprendre les corrections apportées et les approuver. A défaut, le principe de transparence ne serait plus garanti²⁴³.

c) Jurisprudence choisie

Ces deux procédés ne sont pas sans poser certaines difficultés, notamment en ce qui concerne leur distinction d'une modification de l'offre. Il n'est en effet pas toujours évident de tracer la limite entre ce qui relève d'une simple rectification ou d'une pure modification²⁴⁴.

De nombreux arrêts **vaudois** traitent de la question. Ainsi, dans un arrêt de 2012, le Tribunal cantonal vaudois a estimé qu'une erreur de décimale dans l'indication du prix constituait une erreur évidente de plume que l'adjudicatrice se devait de corriger, conformément à l'art. 33 RLMP-VD. Il écarte ainsi l'argument de cette dernière consistant à dire qu'une erreur de

²⁴¹ Dans ce sens Arrêt du TF 2C_876/2014 du 4 septembre 2015, consid. 8.3.2. ; ATF 130 I 241, consid. 7.3.

²⁴² Arrêt du TF 2C_876/2014 du 4 septembre 2015, consid. 8.2.4.

²⁴³ *Ibid.*, consid. 8.2.3.

²⁴⁴ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics, op.cit.*, p. 222, n. 354 et les références citées.

décimale est une erreur de transcription, non corrigible, contrairement aux erreurs de plumes, corrigibles, intervenant lors d'opérations arithmétiques. Selon le Tribunal, il n'est pas possible de prendre en compte un prix découlant d'une inadvertance manifeste du soumissionnaire au motif que celle-ci découlerait d'une erreur de transcription²⁴⁵.

De même, une offre indiquant un prix erroné de Fr. 20.- le m3 de béton alors que sa variante annonce le prix correct de Fr. 200.- le m3 de béton doit être corrigée conformément à l'art. 33 RLMP-VD. Le Tribunal cantonal vaudois a estimé que l'erreur était flagrante et que le pouvoir adjudicateur n'avait d'autre solution que d'élever le prix de Fr. 180.-²⁴⁶.

Une simple correction de calcul, portant notamment sur la TVA, fait partie de ce qui est admissible selon l'art. 33 RLMP-VD. Le Tribunal cantonal a rejeté le recours de soumissionnaires évincés à cet égard, relevant que, de surcroît, la rectification de l'offre de l'adjudicataire avait eu pour effet d'élever son prix²⁴⁷.

Enfin, dans une affaire datant de 2014, un soumissionnaire s'est plaint d'avoir vu son offre être écartée par l'adjudicatrice au motif qu'elle était incomplète. Il lui reprochait notamment d'avoir exclu son offre sans motif valable et de ne pas lui avoir demandé d'explications à ce sujet. Le Tribunal cantonal a donné raison à l'adjudicateur relevant que le soumissionnaire admettait expressément ne pas s'être conformé au cahier des charges sur le point de la formule du prix. En définitive, son offre ne pouvait être comparée à celles des autres candidats. Pour y remédier, le pouvoir adjudicateur aurait dû procéder à un travail méticuleux, décomposant le prix du soumissionnaire concerné afin de rendre son offre comparable aux autres. Le Tribunal estime que c'est à juste titre que l'adjudicateur a refusé de se soumettre à cette démarche ; il se serait alors agi d'une modification prohibée de l'offre²⁴⁸.

Dans un arrêt **fribourgeois**, il a été question de la correction de toutes les offres des concurrents suite à une erreur commise dans l'appel d'offres, par l'adjudicateur, sur les quantités désirées. Celui-ci s'est permis de corriger chacune des offres au motif que l'augmentation des quantités n'avait pas pour effet de dénaturer les offres, dans la mesure où

²⁴⁵ CDAP VD MPU.2012.0002 du 15 mai 2012, relaté in : DC 4/12 p. 274, S192.

²⁴⁶ CDAP VD MPU.2009.0020 du 15 juin 2010, relaté in : DC 4/10 p. 224, S80.

²⁴⁷ CDAP VD MPU.2011.0001 du 27 juin 2011, consid. 11b.

²⁴⁸ CDAP VD MPU.2013.0027 du 4 février 2014, consid. 8.

un prix unitaire était fixé pour les quantités. Il suffisait alors simplement de multiplier le prix unitaire par les quantités corrigées. Le Tribunal cantonal fribourgeois n'a pas suivi cette approche. Selon lui, « *au-delà d'un certain niveau, le prix unitaire que les entreprises sont en mesure de proposer pour une prestation varie en fonction des quantités en jeu. (...) Il ne suffit donc pas de multiplier un prix unitaire fixé pour une petite quantité par un nombre supérieur d'unités pour obtenir le prix réel offert. Si, à la rigueur, cette pratique peut être admise pour de faibles variations de quantité, il est exclu de l'appliquer lorsque celles-ci sont importantes.* » De plus, le Tribunal relève que le pouvoir adjudicateur ne peut se décharger de ses propres erreurs sur les concurrents²⁴⁹.

Dans une affaire **valaisanne**, le Tribunal cantonal admet que le pouvoir adjudicateur puisse procéder à la correction de toutes les offres si une même irrégularité se retrouve dans chacune d'elle. En l'espèce toutefois, l'adjudicatrice a invité un seul soumissionnaire à corriger son offre en raison de la non-conformité d'un point de celle-ci au cahier des charges. Ce faisant, elle a contrevenu non seulement aux principes d'égalité de traitement et de transparence mais également au principe d'intangibilité des offres qui veut que celles-ci soient analysées sur la seule base du dossier remis. L'offre en question, ne répondant pas aux critères fixés par l'adjudicataire, aurait dû être qualifiée d'incomplète et donc, en principe, exclue²⁵⁰.

4.2.2. En droit fédéral

Les points développés *supra* valent également en droit fédéral. Le principe d'intangibilité des offres trouve donc application ici aussi²⁵¹. L'art. 25 OMP prévoit d'ailleurs la possibilité de rectification des offres d'un point de vue technique et comptable ainsi que la demande de précisions en cas d'offre anormalement basse.

Le Rapport explicatif relatif à la révision de l'OMP indique que la rectification ne doit pas entraîner une modification des offres. Il mentionne également que, dans certains cas, ce procédé n'est pas possible sans que le pouvoir adjudicateur ne demande des explications au soumissionnaire, ce qui ouvre la voie à cette procédure. De plus, il est fait mention de la prohibition du formalisme excessif face à une offre ne présentant qu'un vice de peu de

²⁴⁹ TC FR, Arrêt de la IIe Cour administrative du 19 avril 2013 (602 2012-134), consid. 3a-c.

²⁵⁰ RVJ 2014 p. 30, p. 32-33, consid. 3.3.3. et 3.4.1.

²⁵¹ POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics, op.cit.*, p. 222, n. 355.

gravité. Enfin, la demande d'explications pouvant poser problème au niveau de la transparence et de l'égalité de traitement, il est enjoint à l'adjudicatrice de garder une trace des contacts avec les soumissionnaires²⁵².

Ainsi, le droit fédéral se rapproche-t-il sensiblement des solutions prévalant en droit cantonal. A une exception près toutefois, celle de la procédure de négociation des offres, permettant la modification de celles-ci après l'échéance du délai pour leur dépôt.

Il convient donc de relever que les contacts que nouent pouvoir adjudicateur et soumissionnaires dans le cadre de la phase d'épuration des offres ne constituent pas des négociations. C'est uniquement une fois les offres rectifiées qu'une telle procédure peut être entamée²⁵³. Dans ce cadre, des modifications ultérieures des offres sont alors admissibles²⁵⁴.

4.2.2.1. *Les négociations de l'offre*

A titre liminaire, nous tenons à préciser que la procédure de négociations est relativement complexe et appelle donc énormément de remarques dont nous ne pourrions faire pleinement état dans le cadre du présent travail. Les prochaines précisions se veulent donc volontairement sommaires et traitent des points qui nous paraissent les plus fondamentaux²⁵⁵.

a) Généralités

A première vue, les négociations de l'offre apparaissent comme en complète contradiction avec tous les principes défendus par la législation sur les marchés publics. L'essence même de cette dernière voudrait que les contacts entre pouvoir adjudicateur et soumissionnaires soient strictement limités. Il est en effet difficile d'imaginer comment les principes de transparence, d'égalité de traitement ou encore l'objectif de concurrence efficace

²⁵² DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES (2010), *op.cit.*, p. 16.

²⁵³ TRÜEB Hans Rudolph, *op.cit.*, art. 20 LMP, n. 1.

²⁵⁴ *Ibid.*, n. 2.

²⁵⁵ Pour un tableau complet de cette procédure, cf. LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, Zurich 2009.

pourraient être assurés de manière efficiente dans une procédure laissant la voie libre aux négociations²⁵⁶.

Toutefois, une procédure de passation ne tolérant aucune forme de négociations serait difficilement praticable, notamment en présence de marchés complexes dans lesquels le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir clairement ses besoins ou lorsqu'une certaine adaptation aux nouvelles circonstances ou à la technique est nécessaire²⁵⁷.

Il ne faut pas non plus perdre de vue le potentiel économique des négociations. Ces dernières peuvent en effet contribuer à réduire les coûts de l'adjudicateur tout en permettant également aux soumissionnaires de tirer profit de celles-ci²⁵⁸. Outre la recherche du meilleur rapport qualité-prix, la procédure de négociations des offres vise plusieurs autres buts dont LEUTHOLD nous dresse un tableau complet : l'adaptation des offres aux changements de situations ; l'optimisation technique de la prestation attendue ; la spécification et le complètement des offres ; la promotion de nouvelles découvertes et, enfin, la prévention des offres concertées²⁵⁹.

Pour tous ces motifs, il a fallu que le législateur adopte une procédure de négociations conciliant les différents intérêts en présence²⁶⁰.

b) Notion

Le droit des marchés publics ne précise pas véritablement la notion de négociations. Elle se retrouve, inégalement, à plusieurs reprises²⁶¹ dans la législation tout en désignant des situations complètement différentes les unes des autres²⁶².

²⁵⁶ LEUTHOLD Alexis, *Verhandlungen und der neue « Dialog » - Spielräume bei Bund und den Kantonen*, *op.cit.*, p. 278, n. 1.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 278, n. 2.

²⁵⁸ LEUTHOLD Alexis, *Verhandlungen und der neue « Dialog » - Spielräume bei Bund und den Kantonen*, *op.cit.*, p. 279, n. 2.

²⁵⁹ LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, *op.cit.*, p. 36-38, n. 113-121.

²⁶⁰ LEUTHOLD Alexis, *Verhandlungen und der neue « Dialog » - Spielräume bei Bund und den Kantonen*, *op.cit.*, p. 279, n. 3.

²⁶¹ Art. 20 LMP et 26 OMP (négociations) ; art. 26a OMP (dialogue) ; art. 11 litt. c AIMP (rounds de négociations) ; art. 25 OMP (rectification).

Au sens de l'art. 20 LMP, la négociation de l'offre consiste, pour le pouvoir adjudicateur, à entrer en contact avec certains soumissionnaires afin de modifier le contenu du contrat tel que défini par ces derniers dans leur offre. Pour ce faire, les participants aux négociations ont alors la possibilité de présenter une offre dite révisée²⁶³.

La négociation de l'offre se distingue ainsi des simples contacts entre adjudicateur et soumissionnaires destinés à préciser une offre. Ici, l'intention est bien de modifier le contenu de cette dernière²⁶⁴. A cette fin, la participation des deux parties au futur contrat est obligatoire. L'adjudicateur ne peut modifier une offre sans le consentement du soumissionnaire qui l'a émise²⁶⁵.

Notons que la procédure de négociations peut tout aussi bien prendre place entre le moment de l'ouverture des offres et l'adjudication mais également après cette dernière, avant la conclusion du contrat²⁶⁶. Toutefois, si des négociations ont déjà eu lieu avant l'adjudication de telles démarches se justifieront moins après cette dernière²⁶⁷.

Enfin, la base des négociations réside dans l'offre elle-même (à savoir la manifestation de volonté de contracter du soumissionnaire au sens des art. 3 ss CO). Ainsi, l'offre sera toujours le point de départ des négociations. L'appel d'offres, qui ne représente qu'une invitation à présenter une offre, ne peut ainsi constituer la base d'une telle procédure²⁶⁸.

Toutefois, il est possible, dans le cadre d'une procédure de négociations, d'apporter des modifications de moindre importance à l'appel d'offres ou aux documents d'appel d'offres, ce conformément aux conditions fixées *supra* (cf. 3.5.2.)²⁶⁹. Au surplus, les modifications

²⁶² LEUTHOLD Alexis, *Verhandlungen und der neue « Dialog » - Spielräume bei Bund und den Kantonen*, *op.cit.*, p. 281, n. 7.

²⁶³ LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, *op.cit.*, p. 10, n. 26.

²⁶⁴ LEUTHOLD Alexis, *Verhandlungen und der neue « Dialog » - Spielräume bei Bund und den Kantonen*, *op.cit.*, p. 282-283, n. 13.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 283, n. 14.

²⁶⁶ LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, *op.cit.*, n. 27-28 ; sur ce dernier point cf. *infra* 4.3.

²⁶⁷ TRÜEB Hans Rudolph, *op.cit.*, art. 20 LMP, n. 5.

²⁶⁸ LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, *op.cit.*, p. 10-11, n. 29.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 112 ss, n. 358 ss.

portent généralement sur l'offre, à savoir les points librement définis par les soumissionnaires, en particulier le prix²⁷⁰.

c) Procédure

La procédure de négociation est prévue par l'art. 20 LMP et précisée à l'art. 26 OMP (cf. également art. XXIV AMP).

L'art. 20 LMP énonce les deux cas dans lesquels une procédure de négociations peut être engagée, à savoir lorsque l'appel d'offres le prévoit (al. 1 litt. a) ou lorsqu'aucune offre ne paraît être la plus avantageuse économiquement (al. 2 litt. b). L'art. 26 OMP précise la procédure : l'adjudicateur, en se fondant sur les critères d'adjudication, choisit les soumissionnaires avec lesquels il souhaite négocier (al. 1). Il essaie, dans la mesure du possible, de sélectionner au moins trois soumissionnaires à cet effet (al. 2).

Malgré la formulation de cette disposition qui semble admettre que le pouvoir adjudicateur choisisse les soumissionnaires avec lesquels il souhaite négocier, ce dernier doit bien plutôt engager des discussions avec tous les soumissionnaires dont l'offre est susceptible de répondre aux exigences de l'appel d'offres, ce pour des considérations d'égalité de traitement²⁷¹.

L'adjudicateur peut prévoir, dans l'appel d'offres, une forme de négociations générale ou limitée à certaines questions spécifiques. Dans ce dernier cas, il est alors lié à ce qu'il a annoncé au préalable et ne peut revenir sur les limites qu'il s'est lui-même fixé. De même, lorsque le pouvoir adjudicateur a exclu toute forme de négociations, il ne peut, en se fondant sur l'art. 20 al. 1 litt. b LMP, revenir sur cette décision²⁷².

En outre, lorsque l'entité adjudicatrice décide d'ouvrir les négociations, elle doit en informer tous les soumissionnaires de manière claire et précise. Elle se doit également de respecter les conditions de l'art. 26 al. 2 litt. a-c OMP qui veut qu'elle communique aux soumissionnaires parties aux négociations, leur offre révisée, les parties de l'offre qui font l'objet de négociations ainsi que les délais et modalités de remise de l'offre finale. Enfin, si des

²⁷⁰ LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, *op.cit.*, p. 107, n. 340.

²⁷¹ TRÜEB Hans Rudolph, *op.cit.*, art. 20 LMP, n. 9.

²⁷² *Ibid.*, n. 7.

modifications supplémentaires interviennent en cours de négociations, le pouvoir adjudicateur est tenu d'en informer tous les soumissionnaires²⁷³.

L'art. 26 al. 3 OMP prévoit qu'en cas de négociations orales, le pouvoir adjudicateur tient un procès-verbal du déroulement de ces dernières. Bien que cet article ne parle que de négociations orales, pour des raisons de transparence, une telle démarche doit également être accomplie en cas de négociations écrites²⁷⁴.

De plus, en application du principe de confidentialité, le pouvoir adjudicateur ne peut divulguer aux soumissionnaires des informations sur le déroulement des négociations avec un autre concurrent, ce même si l'intéressé y a donné son consentement (art. 26 al. 5 OMP)²⁷⁵.

Le but final des négociations est le dépôt, par les soumissionnaires, de nouvelles offres. A cette fin, la procédure peut se dérouler en plusieurs rounds. Dans ce cas, l'adjudicateur doit inviter les soumissionnaires à déposer des offres intermédiaires puis, au terme de la procédure de négociations, une offre finale. Les exigences pour ces dernières sont naturellement plus élevées que pour les offres intermédiaires²⁷⁶.

S'agissant de leur **contenu**, les offres finales doivent être suffisamment détaillées pour servir de base à la conclusion du futur contrat sans qu'il n'y ait besoin de leur apporter des modifications ou des précisions ultérieures pouvant influencer sur la concurrence. Elles doivent notamment contenir, au sens des articles 3 ss CO, tous les points essentiels au futur contrat. En revanche, le droit des marchés publics n'exige pas que les offres finales traitent de points peu relevant pour l'adjudication. Le but étant de déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement, les éléments secondaires n'influençant pas la concurrence n'ont pas besoin d'être réglés par l'offre finale et pourront toujours être discutés lors de négociations postérieures à l'adjudication²⁷⁷.

²⁷³ TRÜEB Hans Rudolph, *op.cit.*, art. 20 LMP, n. 8.

²⁷⁴ *Ibid.*, n. 10.

²⁷⁵ *Ibid.*, n. 11.

²⁷⁶ LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, *op.cit.*, p. 158, n. 517-518.

²⁷⁷ *Ibid.*, pp. 165 et 167, n. 543, 544 et 547.

Pour ce qui est des **exigences formelles**, les offres finales déposées à la suite de négociations doivent respecter les mêmes conditions que les offres initiales. Ainsi, elles doivent être écrites, complètes, soumises dans le délai imparti et conformes aux exigences du pouvoir adjudicateur²⁷⁸.

Au terme de la procédure de négociations, le pouvoir adjudicateur procède à l'analyse des offres finales de la même manière qu'il l'a fait pour les offres initiales. Il va ainsi contrôler la conformité des offres aux exigences de l'appel d'offres, vérifier qu'il n'existe pas de motifs d'exclusion, rectifier les erreurs évidentes de calcul ou d'écriture et, enfin, déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement en fonction des critères d'adjudication²⁷⁹.

d) Jurisprudence choisie

Bien que la procédure de négociations soit prévue par le droit fédéral, nous pouvons tout de même évoquer quelques cas cantonaux liés à la prohibition de telles démarches.

Dans une affaire vaudoise, l'adjudicatrice avait invité un soumissionnaire à compléter son offre, notamment au niveau de son organisation, jugée trop faible selon elle. Dans cette optique, l'entité a suggéré au soumissionnaire concerné la meilleure manière de remédier aux lacunes en question. Le Tribunal a estimé que l'on ne pouvait qualifier ce comportement de simples explications demandées par le pouvoir adjudicateur (art. 35 RLMP-VD) mais qu'il s'agissait plutôt de négociations prohibées. En effet, le but de l'adjudicateur était bien de modifier le contenu de l'offre sur certains de ses points essentiels. Ces changements ont d'ailleurs été décisifs dans le choix de l'adjudicataire²⁸⁰.

En outre, on peut évoquer la possibilité, déjà mentionnée *supra*²⁸¹, de mener des négociations lors d'une procédure cantonale de gré à gré. Le Tribunal cantonal vaudois a toutefois posé une limite à cette faculté. Selon lui, des négociations peuvent être menées lorsque le pouvoir adjudicateur ne demande qu'une seule offre. En effet, le droit intercantonal prohibant les négociations entre pouvoir adjudicateur et soumissionnaires, rien ne laisse supposer qu'il ait voulu les interdire lorsque l'adjudicatrice ne traite qu'avec un seul fournisseur. En revanche,

²⁷⁸ LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, *op.cit.*, p. 167, n. 548.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 179, n. 590.

²⁸⁰ TA VD GE.2001.0074 du 12 décembre 2001, consid. 2a et 2b.

²⁸¹ Cf. 2.3.2.2.

lorsque cette dernière invite plusieurs soumissionnaires à déposer une offre, le principe d'interdiction des négociations devrait à nouveau primer. Ces remarques ne valent toutefois que pour les cantons prévoyant une interdiction générale de négociations, ce qui n'est pas le cas du canton de Vaud qui a instauré la possibilité de mener de telles discussions à l'occasion d'une procédure de gré à gré (art. 35 al. 2 RLMP-VD)²⁸².

En matière fédérale, il a notamment été précisé que le but de l'ouverture de négociations était de faire ressortir les points faibles et les points forts de chaque offre. Cela implique donc que l'adjudicatrice n'ait pas encore fait son choix et que plusieurs concurrents soient encore en lice. Si cela ne ressort pas explicitement du droit suisse, l'art. XIV al. 2 AMP le mentionne expressément. Il n'est donc pas possible, avant l'adjudication, de mener des négociations avec un seul soumissionnaire²⁸³.

Dans un arrêt de 2000, la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics rappelle les principes applicables au choix des soumissionnaires avec lesquels les négociations seront menées. Ce choix doit se faire conformément aux critères d'adjudication posés dans l'appel d'offres. Ainsi, le pouvoir adjudicateur se doit de prendre en considération, dans les négociations, toutes les offres conformes à ces critères et remplissant les conditions de participation. Il ne peut notamment pas exclure un soumissionnaire des négociations au motif que son offre ne semble pas être la plus économiquement avantageuse. En revanche, il peut refuser d'entamer des pourparlers au sujet d'offres qui, d'emblée, ne satisfont pas aux conditions d'adjudication²⁸⁴.

4.3. La modification de l'offre après l'adjudication (survol)

En guise de remarque préliminaire, relevons que le pouvoir adjudicateur n'est jamais contraint, même après l'adjudication, de conclure le contrat dont il est question. Il peut

²⁸² DC 4/01 p. 162, S58 avec note de Denis ESSEIVA.

²⁸³ JAAC 1999 n° 15 p. 136, consid. 4b ; dans ce sens cf. également : Arrêt du TAF B-2778/2008 du 20 mai 2009, consid. 4.2. et 4.4.

²⁸⁴ RDAF 2000 I p. 336, p. 339-340.

décider d'y renoncer, l'adjudicataire ayant alors la possibilité d'agir en dommages-intérêts contre lui (*culpa in contrahendo*)²⁸⁵.

Cela étant, des modifications, précisions et compléments des offres ultérieurs à l'adjudication ne devraient, idéalement, pas être admis. La pratique a toutefois démontré que, dans la plupart des cas, de tels procédés s'avèrent nécessaires²⁸⁶.

Les possibilités de négociations ultérieures à l'adjudication peuvent notamment être utiles lorsque surviennent des circonstances que le pouvoir adjudicateur ne pouvait prévoir. Dans un souci d'économie, il est donc préférable de laisser à la discrétion de l'adjudicatrice la décision d'engager ou non des négociations à ce stade et ce, indépendamment des conditions fixées par les articles 20 LMP et 26 OMP²⁸⁷. Ces dernières dispositions ont en effet vocation à s'appliquer lors de la phase précédant l'adjudication, tout comme l'art. 11 AIMP interdisant les rounds de négociations en droit cantonal²⁸⁸.

Toutefois, malgré cette indépendance aux exigences légales, il convient de poser des limites à la possibilité de mener de telles négociations. Ne perdons pas de vue, en effet, que le pouvoir adjudicateur est frappé d'une interdiction de contracter que seule l'issue d'une procédure de marchés publics peut lever. Il ne peut donc, à la suite de celle-ci, modifier complètement le contrat tel qu'il a été défini lors de la procédure, en se fondant notamment sur des normes de droit privé contractuel. Ainsi, les négociations ne doivent pas entraîner des modifications portant atteinte à la concurrence et, en somme, au droit des marchés publics²⁸⁹.

En d'autres termes, les modifications ultérieures à l'adjudication ne peuvent consister qu'en de légers changements. Si les modifications risquent d'induire des distorsions de concurrence, elles ne doivent pas être admises. On entend par là, des modifications qui pourraient avoir des répercussions sur le choix de l'adjudicataire. En effet, en de pareils cas, on ne pourrait plus garantir que l'offre sélectionnée reste la plus avantageuse économiquement²⁹⁰.

²⁸⁵ ZUFFEREY Jean-Baptiste, STÖCKLI Hubert, *L'Etat réglemente, adjuge et construit*, *op.cit.*, p. 34.

²⁸⁶ LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, *op.cit.*, p. 188, n. 618.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 191, n. 627.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 190-191, n. 626.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 190, n. 623-624 ; p. 194, n. 636.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 192-193, n. 632-633.

Enfin, notons qu'il importe peu que les modifications concernent les paramètres librement définis par les soumissionnaires (offres) ou les paramètres de l'adjudicateur (appel d'offres et documents d'appel d'offres). En ce qui concerne les changements apportés à ces derniers, l'exigence est la même ; leur modification ne doit pas entraîner de distorsions de concurrence et doit ainsi rester dans le cadre de ce qui a été « autorisé » par la procédure de marchés publics²⁹¹.

²⁹¹ LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, *op.cit.*, p. 194, n. 635.

5. L'accord-cadre

Avant de conclure ce travail, il nous a semblé intéressant d'évoquer le mécanisme de l'accord-cadre, instauré en droit européen et, bien qu'encore inconnu de notre législation, émergeant peu à peu dans la pratique suisse.

5.1. Définition et mécanisme européens

Nous l'avons vu, de par sa grande rigidité, la procédure de passation des marchés publics n'est pas toujours en adéquation avec les besoins du pouvoir adjudicateur ou les principes défendus par la législation. L'accord-cadre apparaît ici comme un moyen efficace d'apporter une certaine flexibilité à la procédure, en permettant notamment à l'adjudicateur de ne pas définir entièrement le marché et de couvrir plusieurs marchés par le lancement d'un seul appel à la concurrence²⁹².

La Directive 2004/18 CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, définissait l'accord-cadre, à son article premier § 5, en ces termes : « *Un « accord-cadre » est un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant **les marchés à passer au cours d'une période donnée**, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.* »

La nouvelle Directive 2014/24 UE sur la passation des marchés publics, abrogeant la Directive 2004/18 CE, reprend pour l'essentiel le régime instauré par cette dernière en matière d'accords-cadres²⁹³. L'art. 33 § 1 de la nouvelle Directive précise qu'un accord-cadre ne peut, en principe, avoir une durée de validité supérieure à 4 ans.

Il est donc question d'un accord, partiellement et volontairement incomplet, mettant en place les termes des futurs marchés à conclure, pour lesquels il n'y aura plus besoin de recourir à une procédure complète de passation. C'est à l'occasion de la conclusion de ces derniers que

²⁹² ZUFFEREY Jean-Baptiste, *L'accord-cadre en droit des marchés publics – Un remède à la rigidité de la loi ?*, *op.cit.*, p. 421.

²⁹³ Préambule de la Directive 2014/24 UE, § 60 ; art. 33 § 1 Directive 2014/24 UE.

les points encore non réglés par l'accord-cadre seront déterminés²⁹⁴. Toutefois, il n'est pas possible de déroger substantiellement, lors de la conclusion de ces marchés, aux termes fixés dans l'accord, ce pour des raisons évidentes de concurrence efficace. Des modifications mineures peuvent cependant être autorisées²⁹⁵.

En terme de procédure, lorsque le pouvoir adjudicateur désire conclure un accord-cadre, il doit, dans un premier temps, lancer un appel à la concurrence de la même manière qu'il le ferait pour un marché ordinaire. Ainsi, il devra sélectionner les parties à l'accord-cadre en se fondant sur les critères d'attribution qu'il a fixé, à savoir en déterminant l'offre économiquement la plus avantageuse²⁹⁶.

Cette opération peut conduire à deux situations différentes²⁹⁷:

- L'adjudicateur porte son choix sur un seul soumissionnaire, qui sera donc son unique contractant pour les marchés futurs ;
- L'adjudicateur sélectionne plusieurs soumissionnaires pour être parties à l'accord-cadre.

Dans ce dernier cas, une question supplémentaire se pose, relative à l'attribution des futurs marchés. En cas d'adjudicataire unique, cette problématique n'entre pas en ligne de compte ; chaque marché lui sera directement attribué²⁹⁸. En présence de plusieurs adjudicataires, la Directive 2014 offre deux possibilités procédurales au pouvoir adjudicateur²⁹⁹ :

- Il peut attribuer les marchés sans passer par une remise en concurrence lorsque l'accord-cadre définit : « *toutes les conditions régissant la fourniture des travaux, des*

²⁹⁴ ZUFFEREY Jean-Baptiste, *L'accord-cadre en droit des marchés publics – Un remède à la rigidité de la loi ?*, *op.cit.*, p. 423 et les références citées.

²⁹⁵ Art. 33 § 2 Directive 2014/24 UE ; ESSEIVA Denis, *Les nouveautés en législation et l'autorégulation*, *op.cit.*, p. 8.

²⁹⁶ Art. 32 § 2 Directive 2004/18 CE ; ZUFFEREY Jean-Baptiste, *L'accord-cadre en droit des marchés publics – Un remède à la rigidité de la loi ?*, *op.cit.*, p. 423.

²⁹⁷ Art. 33 § 3 et 4 Directive 2014/24 UE.

²⁹⁸ ZUFFEREY Jean-Baptiste, *L'accord-cadre en droit des marchés publics – Un remède à la rigidité de la loi ?*, *op.cit.*, p. 424.

²⁹⁹ Art. 33 § 4 litt. a et c Directive 2014/24 UE.

services et des produits concernés, et les conditions objectives permettant de déterminer quel opérateur économique partie à l'accord-cadre est chargé de l'exécution. »

- Lorsque l'accord-cadre ne définit pas clairement ces conditions, le pouvoir adjudicateur se doit de remettre le marché en concurrence.

La procédure à suivre, dans ce dernier cas, consiste en une consultation écrite des différents adjudicataires. A cet effet, l'entité impartit un délai à ces derniers afin qu'ils puissent présenter une offre. Le marché est finalement attribué en fonction des critères fixés dans l'accord-cadre³⁰⁰.

Malgré son utilité face à la lourdeur du droit des marchés publics, ZUFFEREY relève que l'accord-cadre est un mécanisme à élaborer soigneusement et qu'il convient de ne pas perdre de vue les risques y relatifs. En effet, comme nous l'avons mentionné, il n'est plus possible de modifier ultérieurement les termes de l'accord-cadre. Or, définir précisément ses besoins au stade de l'accord n'est pas chose aisée. Au moment de la conclusion du marché, le pouvoir adjudicateur peut prendre conscience que les éléments fixés dans l'accord ne correspondent finalement plus à ses besoins. L'accord-cadre doit donc être élaboré méticuleusement afin d'éviter ce risque³⁰¹.

5.2. En Suisse

Le droit suisse ne connaît pas le mécanisme de l'accord-cadre. Ni la législation (inter-) cantonale ni la législation fédérale ne le mentionnent. Cela étant, ce procédé n'est pas pour autant inconnu de la pratique suisse.

Il semblerait que les tribunaux, confronté à différents cas d'application d'accord-cadre, n'aient jamais remis en question l'utilisation de ce mécanisme. Ainsi, lorsque la Confédération a dû recourir aux services d'un important cabinet d'avocats, elle s'est trouvée incapable de définir précisément les prestations à fournir, n'étant pas en mesure de déterminer

³⁰⁰ ZUFFEREY Jean-Baptiste, *L'accord-cadre en droit des marchés publics – Un remède à la rigidité de la loi ?*, *op.cit.*, p. 424.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 427-428.

l'issue de la procédure. Elle a ainsi lancé un marché-cadre couvrant les différentes phases de la procédure³⁰².

La doctrine s'est également essayée à certaines définitions du procédé. Il en ressort que l'accord-cadre définit les conditions et modalités de plusieurs marchés individuels, contraignants pour les soumissionnaires, mais que l'adjudicateur peut décider d'ouvrir ou non³⁰³.

Au vu de ce qui précède, il n'a donc rien d'étonnant à ce que les projets de révision de l'AIMP et de la LMP consacrent enfin le principe de l'accord-cadre.

Ainsi, l'art. 2 litt. k P-AIMP définit le contrat-cadre comme il suit : « *un contrat entre un ou plusieurs adjudicateurs et un ou plusieurs soumissionnaires qui a pour but de fixer les conditions applicables aux marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne le prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.* » L'art. 27 P-AIMP prévoit la procédure de passation de tels accords. Dans l'ensemble, on retrouve les mêmes principes applicables à la procédure européenne.

En matière fédérale, l'art. 29 AP-LMP instaure le mécanisme des contrats-cadres. Le Département fédéral des finances nous indique que cette manière de procéder permet de rationaliser les marchés publics et d'accroître la concurrence. C'est donc un instrument souhaitable dont on ne saurait se passer³⁰⁴.

Tout comme en droit européen, la conclusion d'un contrat-cadre se fait par le biais d'une procédure ordinaire. Il est précisé que ce mécanisme ne doit pas avoir pour effet de nuire à la concurrence, notamment en définissant de manière vague les prestations à acquérir, soustrayant ainsi un nombre considérable de marchés à la concurrence. Pour le surplus, la procédure est la même que celle prévue par le droit européen³⁰⁵.

³⁰² ZUFFEREY Jean-Baptiste, *L'accord-cadre en droit des marchés publics – Un remède à la rigidité de la loi ?*, *op.cit.*, p. 426 ; cf. les autres exemples cités (p. 425-426).

³⁰³ BEYELER Martin, *op.cit.*, p. 1597, n. 2927.

³⁰⁴ DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES, *Rapport explicatif de la révision de la loi fédérale sur les marchés publics*, *op.cit.*, p. 55.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 56.

6. Conclusion

Au terme de ce qui a été dit, il ressort que le droit des marchés publics est empreint d'une certaine rigidité, difficilement compatible avec les besoins de flexibilité inhérents au domaine contractuel. Cette rigidité se justifie notamment en raison des objectifs et principes que la législation défend.

Depuis 1996, il semblerait que la pratique et le législateur aient peu à peu pris conscience de cette incompatibilité. La conception idéale que l'on se faisait du droit des marchés publics lors de l'introduction de la législation s'est rapidement heurtée à la réalité de la pratique. Le besoin d'optimiser la prestation offerte ne pouvait raisonnablement se concilier avec l'interdiction de tous contacts entre soumissionnaires et pouvoir adjudicateur. Il a donc fallu instaurer divers mécanismes permettant de pallier cette difficulté (ainsi notamment l'appel d'offres fonctionnel, le dialogue et, bientôt, le contrat-cadre).

Nous l'avons vu, les différents tempéraments apportés à la lourdeur des procédures l'ont toujours été en vue d'atteindre au mieux les buts de la législation, à savoir utiliser avec parcimonie les deniers publics et garantir une concurrence efficace.

Ainsi, les variantes tout comme l'appel d'offres fonctionnel ou encore le dialogue mettent à profit l'esprit d'innovation des soumissionnaires et permettent ainsi d'accroître la concurrence. Il découle également de ces deux derniers mécanismes une baisse des coûts du côté de l'adjudicateur dont le travail est sensiblement réduit. Le système des lots, lui, favorise la participation aux marchés importants d'entreprises d'envergure plus modeste qui n'aurait probablement pas pu soumissionner sans la division du marché.

Toutefois, comme nous en avons fait mention au début de ce travail, les principes et buts que poursuit le droit des marchés publics ne sont pas toujours compatibles. Ainsi, la procédure de négociations permet certes de réduire les coûts mais, en contrepartie, elle peut nuire sensiblement au principe d'égalité de traitement. De même, la division du marché en lots est bien moins économe qu'une appel d'offres global, même si elle entraîne un accroissement de la concurrence. Enfin, nous avons pu relever que des modifications apportées au marché (ou également à l'offre après l'adjudication) peuvent s'avérer nécessaires afin de s'adapter à l'évolution des circonstances mais qu'elles ne doivent en tous les cas pas venir faire échec à la concurrence établie jusque là.

Gardons également à l'esprit les deux principes majeurs d'interdiction du formalisme excessif et de proportionnalité qui commandent à l'adjudicateur de ne pas appliquer strictement la législation mais bien plutôt de faire usage de son pouvoir d'appréciation face à des situations incertaines.

Au vu de ce qui précède, il semblerait donc que les normes du droit des marchés publics résultent d'un compromis entre ces différents paramètres dont il n'est fait, par ailleurs, aucune hiérarchisation dans la législation.

Il nous paraît ainsi que l'avenir suisse du droit des marchés publics résultera continuellement d'une balance soigneuse des intérêts en présence, mais tendant aujourd'hui toujours plus à la flexibilisation de la procédure. Les différents rapports relatifs aux révisions en cours mentionnent d'ailleurs expressément ce dernier point comme objectif des modifications apportées à la loi³⁰⁶.

Le législateur, à l'instar des tribunaux, semble être attentif aux besoins des entités adjudicatrices. Il est donc fort à parier que de nouveaux procédés, s'alignant sur la pratique ou le droit étranger, feront prochainement leur apparition dans la législation afin de tempérer la rigidité du droit des marchés publics, du moins si l'on peut encore parler de rigidité à ce stade.

³⁰⁶ DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES, *Rapport explicatif de la révision de la loi fédérale sur les marchés publics*, *op.cit.*, p. 2.

7. Bibliographie

7.1. Ouvrages

- BEYELER Martin, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts - Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht*, Zurich 2012.
- DUBEY Jacques, *Le concours en droit des marchés publics*, Zurich 2005.
- GALLI Peter, MOSER André, LANG Elisabeth, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zurich, Bâle, Genève 2003.
- JÄGER Christophe, *Öffentliches Beschaffungsrecht*, in : MÜLLER, FELLER (édit.), *Bernisches Verwaltungsrecht*, 2^e éd., Berne 2013.
- LEUTHOLD Alexis, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, Zurich 2009.
- POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, Berne 2014.
- TRÜEB Hans Rudolph, *Nr. 5 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)*, in : OESCH, WEBER, ZÄCH, *Wettbewerbsrecht II Kommentar*, Zurich 2011.

7.2. Articles

- BELLANGER François, *Dix ans de jurisprudence en matière de marchés publics, une sélection d'arrêts forcément arbitraire...*, in : DC 1/06 p. 19.
- BOVAY Benoît, *La non-discrimination en droit des marchés publics*, in : RDAF 2004 I p. 227.
- BOVET Christian, *Les marchés publics face au droit de la concurrence*, in : ZUFFEREY, STÖCKLI, (édit.), *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, p. 377 ss.
- DUBEY Jacques, *Appel d'offres fonctionnel portant sur des services*, in : DC 2/10 p. 85.
- ESSEIVA Denis, *Les grandes nouveautés : La législation et les normes privées – Droit suisse*, in : ZUFFEREY, STÖCKLI (édit.), *Marchés publics 2008*, Zurich 2008, p. 3 ss.
- ESSEIVA Denis, *Les nouveautés en législation et l'autorégulation*, in : DC 1/06 p. 4 ss.

-
- ESSEIVA Denis, *Les problèmes liés au prix*, in : DC 1/04, p. 27.
 - ESSEIVA Denis, *Concours, mandats d'étude parallèles et autres procédures spéciales en droit cantonal*, in DC 1/06 p. 44.
 - GRABER Daniele, *Le nouveau règlement SIA 144*, in : ZUFFEREY, STÖCKLI (édit.), *Marchés publics 2014*, p. 307 ss.
 - LEUTHOLD Alexis, *Verhandlungen und der neue « Dialog » - Spielräume bei Bund und den Kantonen*, in : ZUFFEREY, STÖCKLI (édit.), *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, p. 277 ss.
 - MARTENET Vincent, *Les autorités de la concurrence et la liberté économique*, in : PJA 2008 p. 963.
 - MICHEL Nicolas, *Les règles de passation des marchés publics sous l'aspect du risque de corruption*, in : BORGHI, MEYER-BISCH (édit.), *La corruption – l'envers des droits de l'homme*, Fribourg 1995, p. 225 ss.
 - MICHEL Nicolas, *Marchés publics : le nouveau droit est arrivé*, in : DC 1/96 p. 28.
 - POLTIER Etienne, *Les marchés publics : premières expériences vaudoises*, in : RDAF 2000 I p. 197.
 - REICH Bertrand, *Marchés publics Le prix: un critère comme les autres ?*, in : RDAF 2012 I p. 63.
 - RODONDI Olivier, *Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics*, in : RDAF 2001 p. 387.
 - RODONDI Olivier, *Les délais en droit des marchés publics*, in : RDAF I 2007 p. 277
 - RODONDI Olivier, *Offres incomplètes*, in : STÖCKLI, ZUFFEREY (édit.), *Marchés publics 2008*, p. 185 ss.
 - TERCIER Pierre, *La corruption et le droit des contrats*, in : SJ 1999 II p. 225.
 - TERCIER Pierre, *La libéralisation du marché de la construction*, in : *Journées du droit de la construction*, Fribourg 1997, vol. I, p. 16 ss.

-
- ZUFFEREY Jean-Baptiste, *L'accord-cadre en droit des marchés publics – Un remède à la rigidité de la loi ?*, in : BELSER, WALDMANN (édit.), *Mehr oder weniger Staat ? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag*, Berne 2015, p. 421 ss.
 - ZUFFEREY Jean-Baptiste, *La nouvelle Directive européenne 2004/18/CE vue de la Suisse*, in : DC 4/04 p. 161.
 - ZUFFEREY Jean-Baptiste, STÖCKLI Hubert, *L'Etat réglemente, adjuge et construit*, in : ZUFFEREY (édit.), *Journées suisses du droit de la construction 2013*, Fribourg 2012, p. 25 ss.
 - ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Les grandes nouveautés en droit des marchés publics – De lege lata et ferenda*, in : ZUFFEREY, STÖCKLI (édit.), *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, p. 1 ss
 - ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Les nouveautés en « régulation » des marchés publics et les tendances*, in *Marchés publics 2014*, in : ZUFFEREY, STÖCKLI (édit.), Zurich 2014, p. 57 ss.
 - ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Offres et variantes*, in : DC 1/16 p. 52.
 - ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Modifications en cours de procédure d'adjudication*, in : DC 1/16 p. 47.

7.3. Jurisprudence

7.3.1. Fédérale

- ATF 125 II 86
- ATF 129 I 313
- ATF 130 I 241
- ATF 141 II 353
- TAF B-2778/2008 du 20 mai 2009
- TF 2C_197/2010 du 30 avril 2010
- TPF RR.2010.170 du 14 septembre 2010
- TPF RR.2012.181 du 12 février 2013

- TF 2C_418/2014 du 20 août 2014
- TPF RR.2014.335 du 3 juin 2015
- TF 2C_876/2014 du 4 septembre 2015
- TAF B-6274/2015 du 21 décembre 2015.

7.3.2. Cantonale

- TA VD GE.2000.0165 du 17 avril 2001
- BLVGE 2001 p. 166 ss du 5 septembre 2001
- TA VD GE.2001.0074 du 12 décembre 2001
- TA VD GE.2003.0038 du 4 juillet 2003
- TA VD GE.2003.0064 du 29 août 2003
- TA VD GE.2005.0086 du 21 avril 2006
- TA VD GE.2006.0011 du 22 mai 2006
- CDAP VD MPU.2008.0002 du 30 octobre 2009
- CDAP VD MPU.2009.0020 du 15 juin 2010
- CDAP VD MPU.2011.0001 du 27 juin 2011
- CDAP VD MPU.2012.0002 du 15 mai 2012
- TC FR, Arrêt de la IIe Cour administrative du 19 avril 2013 (602 2012-134)
- TC GE, ATA/776/2013 du 26 novembre 2013
- CDAP VD MPU.2013.0027 du 4 février 2014
- CDAP VD MPU.2015.0001 du 18 juin 2015

7.4. Revues

7.4.1. Droit de la construction

- DC 4/99 p. 145, S44.
- DC 2/00 p. 55-56, S4
- DC 2/00, p. 58-59, S12 et S16

- DC 2/01 p. 64-65, S8
- DC 4/01 p. 162, S58 avec note de Denis ESSEIVA
- DC 2/02 p. 170, S72
- DC 2/03 p. 59, S6 avec note de Denis ESSEIVA
- DC 4/03 p. 156, S48
- DC 2/04 p. 62, S3.
- DC 2/04 p. 63, S4.
- DC 2/04 p. 70, S37, avec note de Denis ESSEIVA.
- DC 4/04 p. 169 (TA TI 26.02.2004)
- DC 4/04 p. 170, S17
- DC 2/06 p. 90, S23
- DC 2/06 p. 93, S63, S6
- DC 4/07, p. 204, S56.
- DC 4/07 p. 205, S58.
- DC 2/10 p. 85, S1
- DC 2/10 p. 96, S21.
- DC 4/10 p. 224, S80
- DC 1/12 p. 37, S54.
- DC 2/12 p. 112, S115.
- DC 2/12 p. 119, S154
- DC 4/12 p. 274, S192
- DC 1/14 p. 44, S37

7.4.2. Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération

- JAAC 1999 n° 15 p. 13
- JAAC 2005 n° 79 p. 977 ss

- JAAC 2002 n° 86 p. 1033 ss

7.4.3. Revue de droit administratif

- RDAF I 1998 p. 252.
- RDAF 2000 I p. 336

7.4.4. Revues cantonales de jurisprudences

- RFJ 2001 p. 355
- RJJ 2010 p. 131
- RJN 2000 p. 245
- RJN 2011 p. 379
- RVJ 2002 p. 81
- RVJ 2014 p. 30

7.4.5. Semaine judiciaire

- SJ 2006 I p. 91

7.5. Rapports

- COMMISSION EUROPEENNE, *Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique*, CC/2005/04, Révision 1 du 5.10.2005
- DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES, *Rapport explicatif sur la modification de l'ordonnance sur les marchés publics*, 1^{er} janvier 2010.
- DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES, *Rapport explicatif de la révision de la loi fédérale sur les marchés publics*, 1^{er} avril 2015.
- DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES, *Rapport explicatif concernant la révision de l'ordonnance sur les marchés publics*, 1^{er} avril 2015.
- ORGANE PARLEMENTAIRE DE CONTROLE DE L'ADMINISTRATION, *L'ouverture des marchés publics en Suisse sous l'angle juridique et économique - Rapport final à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national*, Berne 2002.

7.6. Sites Internet

- CANTON DE VAUD, Economie – Marchés publics, <http://www.vd.ch/themes/economie/marches-publics/>, consulté le 25 mars 2016.
- CHAMBRE DE COMMERCE, D'INDUSTRIE ET DES SERVICES DE GENEVE, Loi sur les marchés publics : Un enjeu de plusieurs milliards de francs, <http://www.ccig.ch/blog/2015/09/Loi-sur-les-marches-publics-Un-enjeu-de-plusieurs-milliards-de-francs>, consulté le 5 mars 2016.
- CONFEDERATION SUISSE, GIMAP guide interactif pour les marchés publics – Dialogue, <http://www.gimap.admin.ch/glossar/index.html?action=id&id=56&lang=fr>, consulté le 16 avril 2016.