

Notice

Examen et rectification des offres

État: 8 mars 2021

En principe, une offre ne peut pas être modifiée après la date limite de remise des offres. Cependant, les services adjudicateurs reçoivent parfois des offres imprécises ou des malentendus surgissent au sujet des prestations faisant l'objet de l'appel d'offres. La présente notice a pour but de montrer à quelles conditions et dans quelles limites ces situations peuvent être traitées dans le cadre de l'examen et de la rectification des offres.

A. Examen des offres (art. 38 LMP)

Dans un premier temps, l'adjudicateur vérifie si les offres reçues sont conformes aux exigences de forme visées à l'art. 34 LMP (forme écrite, exhaustivité, respect du délai de remise des offres). Toute offre qui ne respecte pas les exigences de forme sera exclue.

Les erreurs manifestes de calcul sont corrigées d'office (art. 38 al. 1 LMP). L'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires de donner des explications sur leurs offres afin d'en clarifier le contenu (art. 38 al. 2 LMP).

Déroulement et forme

L'adjudicateur consigne de manière compréhensible l'ouverture et l'ensemble du processus d'évaluation des offres¹. La vérification des offres mentionnée à l'art. 38 al. 1 LMP est avant tout un acte administratif interne. Si l'adjudicateur demande au soumissionnaire des explications sur son offre, il consigne par écrit ses questions et les réponses obtenues (art. 38 al. 2 LMP).

Contenu

Le terme « *erreur de calcul* » correspond à la notion de droit civil utilisée dans l'art. 24 al. 3 CO². Il s'agit d'une opération arithmétique effectuée de manière erronée avec les valeurs correctes figurant dans l'offre. Ce genre d'erreur doit être corrigée et

n'affecte en rien l'effet juridiquement contraignant de l'offre.

Si l'adjudicateur a des questions ou s'il note des imprécisions, il peut demander aux soumissionnaires de donner des explications sur leur offre. Le soumissionnaire ne peut en principe que corriger des erreurs involontaires et ne peut pas modifier son offre ou remédier à des défauts (autres que les erreurs de calcul)³, sinon il s'agirait d'une rectification (voir art. 39 LMP).

Tant que l'égalité de traitement entre les soumissionnaires est garantie, l'adjudicateur est libre de décider si et par quels moyens des explications sont données. Cela peut se faire, par exemple, par écrit ou à l'occasion de la présentation de l'offre, si une présentation est prévue dans les documents d'appel d'offres.

Offres anormalement basses

Si l'adjudicateur reçoit une offre dont le prix total est anormalement bas, il doit se renseigner auprès du soumissionnaire afin de s'assurer que les conditions de participation sont remplies et que les autres exigences de l'appel d'offres ont été comprises (voir art. 38 al. 3 LMP). Si le soumissionnaire n'est pas en mesure de fournir des preuves convaincantes du respect des conditions de participation ou de l'exécution de la prestation conformément au contrat, son offre peut être exclue en vertu de l'art. 44 al. 2 let. c LMP⁴.

¹ Art. 37 al. 2 LMP; art. 38 al. 2 LMP; art. 39 al. 4 LMP et art. 40 al. 1 LMP.

² Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (livre cinquième: droit des obligations, CO; RS 220).

³ Voir ATF B-2675/2012 du 23 juillet 2012, consid. 4.

⁴ Pour aller plus loin, voir aussi ROMAN FRIEDLI, in : Hans Rudolf Trüb, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, art. 38 al. 3 LMP ch. 11 ss.

Remarque du CCMP:

Les explications et les demandes de renseignements doivent, de préférence, être requises simultanément auprès de tous les soumissionnaires concernés, et toujours par écrit.

B. Rectification des offres (art. 39 LMP)

La loi offre à l'adjudicateur deux possibilités pour faire rectifier des offres.

Premièrement, une rectification doit être effectuée s'il s'avère impossible de clarifier ou de comparer objectivement les offres en partant directement des offres remises ou dans le cadre de l'examen des offres (assurer la comparabilité des offres, art. 39 al. 2 let. a LMP).

Ce type de rectification peut être nécessaire, notamment dans le cas de prestations complexes, afin de dissiper les malentendus manifestes entre l'adjudicateur et les soumissionnaires.

Deuxièmement, une rectification peut être effectuée si des modifications insignifiantes des prestations sont objectivement et matériellement nécessaires (art. 39 al. 2 let. b LMP). Il peut arriver que, depuis l'appel d'offres, certains paramètres aient changé sur la base des besoins du service demandeur, ce qui entraîne des modifications insignifiantes des prestations requises (par ex., quantité, dates de livraison, disponibilité, lieux d'exécution, etc.). Une modification est considérée comme essentielle (non admise) lorsque la prestation caractéristique est modifiée de telle manière que l'adjudicateur pourrait s'attendre à un cercle de soumissionnaires différent si l'appel d'offres avait été lancé avec la prestation modifiée.

Les modifications essentielles des prestations demandées entraînent obligatoirement l'interruption de la procédure (voir art. 43 al. 1 let. f LMP) et il faut procéder à un nouvel appel d'offres, si le besoin reste avéré⁵.

Remarque du CCMP:

Les modifications ou les réductions de prestations ne doivent pas servir à mettre a posteriori en conformité des offres qui, au départ, ne satisfaisaient clairement pas aux conditions du

marché. Les offres incomplètes ou non conformes aux documents d'appel d'offres doivent être exclues de la procédure.

Déroulement et forme

La rectification peut être faite par écrit ou par oral et, dans ce dernier cas, être consignée dans un procès-verbal. Quoi qu'il en soit, la rectification et ses résultats doivent être présentés de manière transparente.

Pouvoir d'appréciation

En principe, l'adjudicateur est libre de décider s'il souhaite mettre à niveau les offres incomplètes ou les offres qui ne répondent pas aux exigences en demandant des renseignements⁶. Lorsqu'une offre présente des défauts minimes, l'adjudicateur doit permettre au soumissionnaire de la rectifier compte tenu de l'interdiction d'un formalisme excessif.

D. Adaptation des prix (art. 39 al. 3 LMP)

Il est expressément indiqué qu'une adaptation des prix ne peut être effectuée que pour l'une des raisons suivantes:

- garantir une meilleure compréhension du marché ou des offres, ou

- apporter des précisions ou des modifications mineures au marché dans le cadre de la procédure de rectification des offres, afin de préserver le principe de l'économicité. Si les conditions de rectification fixées à l'art. 39 al. 2 let. a et b LMP ne sont pas remplies ou si les résultats de la rectification n'ont aucun effet sur le calcul du prix, l'adaptation des prix n'est ni indiquée ni autorisée.

Il est interdit d'entamer des négociations portant sur le prix, même dans le cadre d'une rectification (art. 11 let. d LMP).

Renseignements complémentaires

Centre de compétence des marchés publics de la Confédération: recht.wto@bbl.admin.ch

<https://kompetenzzentrum-beschaffungswesen-bund-kbb.html>

⁵ GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts ch. 689.

⁶ TAF B-1774/2006 du 13.03.2007, consid. 6.2.