

Fiche d'information

Rectification des offres (art. 39 LMP/AIMP)

Juillet 2021

Phase de la procédure de passation de marchés concernée: le besoin de modifications de l'appel d'offres et/ou des offres apparaissent surtout pendant la **phase d'évaluation** d'une procédure d'adjudication, c.-à-d. à partir de l'ouverture des offres jusqu'à l'adjudication.

Les modifications mineures de l'appel d'offres portant sur l'objet du marché ou des modalités (le cercle des soumissionnaires n'étant pas modifié), tout comme les modifications des offres en cas de défauts mineurs (une exclusion serait disproportionnée) sont en principe autorisées; il en va de même du prix, pour autant que les conditions soient remplies (art. 39 al. 2 LMP/AIMP). Les principes régissant la procédure, notamment l'égalité de traitement et la transparence, doivent être respectés en tout temps. Dans le doute, il faut envisager une interruption de la procédure.

De quoi s'agit-il?

Dans la pratique, un besoin de modification peut se faire ressentir au cours d'une procédure d'adjudication. Il peut en effet arriver que l'adjudicateur doive modifier l'objet du marché (modifications du projet) ou que les soumissionnaires souhaitent adapter leurs offres a posteriori. Il existe une grande variété de raisons et de motifs justifiant de telles modifications: par exemple le changement de conditions-cadres d'un point de vue temporel, financier ou suite à une évolution des besoins (quantités, qualité, exigences techniques), la correction d'erreurs ou de défauts dans les offres, ainsi que la fourniture subséquente d'informations ou de documents par les soumissionnaires.

La procédure d'adjudication est une procédure administrative (de droit public) dans laquelle les principes de l'Etat de droit doivent être respectés. Il est donc délicat d'opérer ou d'autoriser des modifications en cours de procédure. Il existe cependant un fort besoin pratique de pouvoir apporter des ajustements. Dans ce contexte, l'adjudicateur doit procéder de manière réfléchie, transparente et sur la base de justes motifs.

Principes

Les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence doivent être respectés de façon générale dans le droit des

marchés publics et plus particulièrement en relation avec les modifications de l'offre.

Il s'en déduit que l'appel d'offres ou l'invitation et les définitions correspondantes (objet du marché, conditions, critères et règles de procédure) ou le projet après la publication ou l'envoi ne doivent en principe plus être modifiés (principe de stabilité de l'appel d'offres). Lors de l'élaboration et de la remise de leurs offres, les soumissionnaires se fient donc aux conditions qui ont été portées à leur connaissance.

La contrepartie réside dans le principe que les soumissionnaires ne peuvent plus modifier les offres une fois qu'elles ont été remises (principe de l'immutabilité de l'offre). Les négociations portant sur le prix sont ainsi notamment interdites (interdiction des rondes de négociations, cf. art. 11 let. d LMP/AIMP).

Notons pour finir que l'adjudicateur conduit la procédure et qu'il doit «instruire» et gérer toute modification, que ce soit de l'appel d'offres, de l'objet du marché ou de l'offre d'un ou de tous les soumissionnaires. La modification unilatérale, spontanée de l'offre après l'expiration du délai de remise des offres par un soumissionnaire doit être considérée comme une nouvelle offre tardive et est donc toujours interdite, ne serait-ce que par égard pour les autres soumissionnaires (égalité de traitement).

Admissibilité des modifications en général

Dans le respect des principes du droit des marchés publics rappelés ci-dessus, la pratique permet de réagir à un changement objectif des besoins ou des conditions-cadres ou à des lacunes mineures de la procédure. Cela concerne aussi bien les modifications de l'appel d'offres ou du projet que des offres. En dehors de cette hypothèse, la modification des offres peut s'avérer nécessaire et, cas échéant, licite, en présence d'un défaut mineur auquel il faut remédier et qui ne justifie pas l'exclusion (p. ex. absence de signatures sur un formulaire).

De même, les ajustements du prix par les soumissionnaires sont autorisés dans le cadre d'une rectification de l'offre, lorsque le prix doit être adapté aux prestations modifiées (suivi; cf. art. 39 al. 2 let. b et al. 3 LMP/AIMP). Toutefois, l'interdiction susmentionnée des rondes de négociation portant sur le prix vaut aussi dans le cadre d'une rectification de l'offre selon l'art. 39 LMP/AIMP (pour la procédure de gré à gré, cf. art. 21 al. 1 LMP/AIMP).

Selon le stade de la procédure, la marge de manœuvre pour les modifications ou rectifications admissibles est plus ou moins grande. En cas d'incertitudes au moment de la définition ou de la circonscription de l'objet du marché, on peut par exemple procéder, déjà au stade de l'appel d'offres, au dialogue instauré par l'art. 24 LMP/AIMP. Un dialogue ne peut en revanche pas être instauré spontanément.

→ Fiche d'information «Dialogue» (art. 24 LMP/AIMP)

Modification et rectification d'offres (art. 39 al. 2 let. a LMP/AIMP)

En premier lieu, les **offres** de certains soumissionnaires voire de tous les soumissionnaires peuvent faire l'objet de rectifications, selon l'art. 39 al. 2 let. a LMP/AIMP. Tel est le cas, par exemple, (1) si au vu des justificatifs remis, il n'est pas possible de déterminer avec certitude si des (respectivement combien de) soumissionnaires ont rempli les exigences minimales selon les critères d'aptitude ou les spécifications techniques, ou (2) si les justificatifs nécessaires pour juger les critères d'adjudication sont peu clairs ou en nombre insuffisant et que les informations données doivent être vérifiées.

Il est de la responsabilité de l'adjudicateur de rendre les **offres** reçues **comparables** entre elles. Pour ce faire, il doit procéder à un examen au cas par cas assez délicat. Les indications suivantes peuvent lui être utiles: la modification de l'offre est licite si le défaut l'affectant et auquel le soumissionnaire doit remédier est mineur et si l'exclusion de ce fait serait disproportionnée et constitutive de formalisme excessif.

Modifications des prestations (art. 39 al. 2 let. b LMP/AIMP)

1. Conditions d'admissibilité

Le besoin de rectification peut également résulter de modifications des prestations (art. 39 al. 2 let. b LMP/AIMP). Les conditions d'admissibilité suivantes doivent toutes être remplies pour que les modifications de l'objet du marché ou des modalités, resp la rectification de ceux-ci soient admissibles:

a) Motif objectif: l'adjudicateur doit pouvoir justifier de manière objective et compréhensible pourquoi il doit adapter l'appel d'offres (objet, conditions, etc.) dans la procédure en cours. Ne constitue pas un motif objectif de modification, l'intention de discriminer ou de favoriser des

soumissionnaires (p. ex. pour permettre au soumissionnaire souhaité de concevoir son produit conformément à l'appel d'offres).

Peuvent en revanche constituer des motifs légitimes, le fait de tenir compte de la commercialisation d'une nouveauté technique, l'annonce, par les services demandeurs, de certaines quantités supplémentaires a posteriori, ou le fait que certaines prestations ne sont plus requises.

b) Modification mineure: les conditions du marché et de la concurrence sont les critères de mesure de l'importance de la modification. Il y a lieu d'examiner au cas par cas si l'on est en présence d'une modification mineure (admissible) ou importante (interdite) de la prestation. Les points suivants peuvent servir à tracer la limite dans le cadre de cette évaluation difficile en pratique.

- L'adjudicateur doit évaluer si, en raison de la modification, davantage ou d'autres soumissionnaires auraient remis une offre (p. ex. en cas de réduction extrême des quantités, de sorte que de plus petites entreprises auraient, cas échéant, pu participer). Si la réponse à la question est positive, compte tenu des connaissances du marché de l'adjudicateur, il s'agit d'une modification importante (du point de vue de la concurrence visée par les marchés publics), donc interdite. Dans le cas contraire, la modification est mineure, donc autorisée.
- Une modification de l'appel d'offres par l'adjudicateur est en outre interdite lorsque le cercle des soumissionnaires s'agrandit de ce fait, que d'autres soumissionnaires, solutions, produits, etc. sont envisageables et qu'il n'est donc pas certain que les offres actuelles débouchent sur le marché le plus avantageux suite à la modification.
- Lorsqu'il y a un motif d'interruption (art. 43 LMP/AIMP) ou un motif d'exclusion impératif (art. 44 LMP/AIMP), la modification dans la procédure en cours est en tout cas interdite.

2. Procédure

Les rectifications selon l'art. 39 LMP/AIMP concernent la phase d'évaluation d'un marché public, soit la période entre l'ouverture des offres et la décision d'adjudication.

Durant cette phase en principe purement interne, de telles modifications sont délicates et doivent être examinées et concrétisées avec soin.

L'interdiction de communication s'applique: l'échange libre avec les soumissionnaires est interdit. Un processus structuré et documenté doit être engagé, dans lequel les modifications

a posteriori doivent être réalisées dans le cadre d'un échange avec les soumissionnaires et qui débouche sur des offres subséquentes. Les principes de l'égalité de traitement et de la transparence doivent être respectés, ce qui signifie que tous les soumissionnaires doivent avoir la possibilité de rectifier leur offre.

Obligations de documentation; voies de droit

Les modifications apportées à l'appel d'offres ou aux offres doivent toujours être documentées de façon claire et précise, p. ex. sous la forme d'un procès-verbal (cf. art. 39 al. 4 [LMP/AIMP](#); [art. 10 OMP](#)) ou par des e-mails ou d'autres documents.

Si un soumissionnaire entend s'opposer à une modification (importante) qu'il juge illicite de l'appel d'offres ou de l'offre d'un concurrent, il doit faire valoir ce grief en contestant l'appel d'offres, le cas échéant la préqualification ou (en règle générale) l'adjudication, selon la situation et le stade de la procédure.

Conseil complémentaire concernant le droit des marchés publics: [Direction de la DTAP/CMP](#) ou [Centre de compétence des marchés publics de la Confédération \(CCMP\)](#)