TRIAS

# Conclusion et mise en œuvre du contrat, sanctions

**Quels sont les aspects à prendre en considération lors de la conclusion du contrat et à quoi faut-il veiller lors de son exécution, notamment dans le cas d'avenants ou de contrats-cadres? Quelles sont les sanctions disponibles pendant une procédure d'adjudication et même après?**

Rouge = Niveau fédéral
Bleu = Cantons, villes, communes
Orange = Soumis aux accords internationaux

# 7.1 Conclusion du contrat

## Autorisation de conclure

A l'adjudication, l'adjudicateur est autorisé (main non tenu) à conclure le contrat avec l'adjudicataire sur la base des résultats de la procédure d'adjudication et de l'offre choisie. Parallèlement, l'adjudicateur ne doit plus conclure de contrat avec des tiers à propos des prestations adjugées.

### Hyperliens

art. 42 LMP

art. 42 AIMP

### Date

Dans le cas des envois en courrier A Plus ou recommandé, l'acheminement peut être suivie en ligne (https://www.post.ch/fr/reception/suivi-des-envois). Il est éventuellement possible de demander à l'instance de recours si un recours a été reçu. A noter qu'une **demande au tribunal** ne semble judicieuse **qu'après la notification de la décision et l'expiration du délai de recours de 20 jours ainsi que d'un délai d'attente d'environ cinq jours**.

### Hyperliens

3. Choix et déroulement de la procédure d'adjudication

6.4 Voies de droit

art. 52, al. 1 et 2 LMP

Les différences suivantes entre la Confédération et les cantons / communes doivent être prises en compte:

Dans le cas des adjudications selon la LMP, il convient de distinguer les marchés soumis aux accords internationaux (avec une protection juridique complète) des marchés non soumis aux accords internationaux (avec une protection juridique restreinte):

- Dans le cas des **marchés non soumis aux accords internationaux**, un contrat peut être conclu avec le soumissionnaire retenu après l'adjudication.

  ### Hyperliens

  art. 42 al. 1 LMP

- Dans le cas **des marchés soumis aux accords internationaux**, le contrat ne peut être conclu qu'après l'écoulement du délai de recours, à moins que le Tribunal administratif fédéral n'ait accordé l'effet suspensif à un recours formé contre l'adjudication. Il faut attendre cette décision du tribunal. En règle générale, après avoir reçu le recours, le tribunal rend une décision incidente sur la conduite de la procédure, dans laquelle il ordonne les mesures à prendre.

### Hyperliens

art. 42 al. 2 LMP

Lors des adjudications selon l'AIMP, le contrat peut être conclu avec le soumissionnaire retenu après l'écoulement du délai de recours, à moins que l'autorité cantonale de recours n'ait accordé l'effet suspensif à un recours formé contre l'adjudication. Cette décision du tribunal doit être attendue. Selon la pratique cantonale, après avoir reçu le recours, le tribunal rend une décision incidente sur la conduite de la procédure qui contient ces prescriptions.

### Hyperliens

art. 42 al. 1 AIMP

## Documentation

La KBOB met notamment différents modèles de contrats à la disposition des adjudicateurs de tous les niveaux fédéraux.

### Hyperliens

KBOB recueil de documents (anciennement «Cockpit KBOB»)

Modèles de contrats du CCMP

CA/KBOB Fiche «Apposition de signatures électroniques à la conclusion de contrats d'acquisition»

## En cas de demande d'effet suspensif manquante ou rejetée

Lorsqu'une procédure de recours contre l'adjudication est pendante sans que l'effet suspensif ait été demandé ou octroyé, le contrat peut être conclu (remarque: il doit être établi qu'aucun recours ne sera formé contre cette décision). L'adjudicateur est tenu d'informer immédiatement le tribunal de la conclusion du contrat.

En principe, pour les marchés publics soumis aux accords internationaux, le pouvoir adjudicateur ne peut conclure un contrat d'acquisition qu'au plus tôt à l'expiration du délai de recours contre la décision d'adjudication (20 jours à compter de la notification), majoré d'un délai de 5 jours ouvrables. Pour les marchés publics ne relevant pas des accords internationaux, un contrat peut être conclu avec le soumissionnaire retenu dès l'adjudication. Si le contrat est conclu prématurément, une éventuelle procédure de recours risque d'aboutir à une injonction judiciaire de résilier le contrat conclu prématurément et, cas échéant, de procéder à la répétition des prestations. Voir également à ce sujet le **point 6.4 Procédure de recours ? Comment l'autorité de recours statue-t-elle sur le recours? ? Que se passe-t-il si le contrat avec le soumissionnaire a déjà été conclu?**

### Hyperliens

art. 42 al. 3 LMP

art. 42 al. 2 AIMP

## En cas de rejet du recours

L'art. 42 LMP / AIMP ne règle pas les modalités applicables après le rejet du recours. Etant donné que les recours déposés devant le Tribunal fédéral n'ont généralement pas d'effet suspensif, l'adjudicateur est en principe autorisé à conclure le contrat à réception de la décision rendue en première instance. L'interdiction de l'abus de

droit demeure réservée. Selon la pratique en vigueur du Tribunal fédéral, quand un recours contre la décision rendue en première instance est annoncé, l'adjudicateur doit encore attendre un peu avant de conclure le contrat pour savoir si le recours sera effectivement déposé avec une demande d'octroi de l'effet suspensif. Conseil pratique: attendre une dizaine de jours, puis conclure le contrat.

# Adjudication et contrat

## Principe: interdiction des modifications importantes

Le contrat reproduit en principe la teneur de l'adjudication qui représente la «charnière» entre le droit des marchés publics et le droit des contrats. Tant lors des négociations détaillées qu'après la conclusion du contrat, l'adjudicateur n'a pas le droit de s'écarter significativement des contenus et des conditions commerciales énoncés dans l'adjudication, même si les modifications du contrat visées intervenaient en accord avec l'adjudicataire. Les modifications mineures ou déjà annoncées dans l'appel d'offres sont en revanche autorisées (cf. arrêt du TAF B-4387 / 2017 du 8 février 2018, consid. 9.2).

# Gestion des changements

## Modifications mineures

Les **modifications mineures** qui deviennent nécessaires après l'adjudication sont autorisées dans le contrat, p. ex. sous la forme de réglementations détaillées, de concrétisations ou de précisions de points ambigus ou restés en suspens dans le contrat. Les modifications mineures sont celles qui ne remettent pas en question l'adjudication à l'adjudicataire et qui ne changent rien au résultat de la procédure d'adjudication (choix du soumissionnaire concerné, classement des offres, cercle des soumissionnaires potentiels pour les prestations). S'il y avait cependant eu des offres plus avantageuses avec les modifications ou si le cercle des soumissionnaires avait changé ou s'était agrandi, le contrat ne doit pas être modifié en conséquence.

*Exemple: les modifications de points secondaires (p. ex. couleur ou design de meubles) sont fréquentes dans la pratique et doivent plutôt être qualifiées de mineures, pour autant qu'elles n'aient pas d'incidences sur le cercle des soumissionnaires **et** le classement des offres dans la procédure d'adjudication, autrement dit si l'adjudicataire reste le même.*

## Modifications importantes

Les **modifications importantes** après l'adjudication sont des modifications qui remettent en question le résultat de la procédure d'adjudication. Si l'on peut supposer qu'une autre offre aurait sans doute bénéficié d'une évaluation plus avantageuse au cas où l'objet du marché modifié ou d'autres conditions avaient d'emblée fait l'objet d'un appel d'offres et d'une adjudication, il s'agit d'une modification importante illicite. Il en va de même s'il faut supposer en raison de la modification que d'autres soumissionnaires auraient sans doute (également) participé à la procédure d'adjudication. Dans les deux cas, la modification de l'objet du marché ou des conditions est interdite dans le contrat. La conséquence sur le classement des offres selon l'évaluation en vue de l'adjudication et la conséquence sur le cercle des soumissionnaires potentiels (conséquence sur la concurrence entre les soumissionnaires) sont donc les critères de mesure pour cette appréciation. **Question de contrôle: le marché aurait-il dû être adjugé à un autre soumissionnaire compte tenu des conditions modifiées ou aurait-il fallu s'attendre à des offres d'autres soumissionnaires que les soumissionnaires impliqués?**

*Exemples:*

- *Il y a un changement important quand l'adjudicataire change suite à une fusion et / ou quand des personnes-clés déterminantes changent sans être dûment remplacées et que cela remet en cause l'aptitude.*

### Hyperliens

Guide de la KBOB relatif au calcul du renchérissement précontractuel dans les projets de construction

- *Disparition de l’aptitude de l’adjudicataire pour d’autres raisons.*
- *Prise en compte ultérieure et unilatérale de la clause de renchérissement.*
- *Le logiciel sous licence ayant fait l’objet de l’appel d’offres doit désormais être remplacé par un logiciel OpenSource, que l’adjudicataire propose également.*

### Possibilités de modification prévues dans l’appel d’offres

Si l’appel d’offres ou les documents d’appel d’offres prévoient des possibilités de modification, p. ex. des options, des alternatives ou un droit de modifier la commande ou d’autres adaptations du contrat également prévues (p. ex. positions éventuelles), l’adjudicateur peut en faire usage sans autre formalité, même si elles se traduisent par des modifications importantes de l’objet du marché. Selon la formulation dans l’appel d’offres, la modification peut avoir lieu **avant** la conclusion du contrat ou seulement lors de la mise en œuvre du contrat, autrement dit **après** la conclusion du contrat.

#### Hyperliens

7.2 Mise en œuvre du contrat

### Documentation

La phase comprise entre l’adjudication et la conclusion du contrat est sujette à des écarts illicites voire abusifs par rapport à l’adjudication, notamment parce qu’il n’y a plus alors de transparence pour les autres soumissionnaires de la procédure d’adjudication et que la procédure d’adjudication est terminée. Les **principes d’adjudication** ont cependant des répercussions même sur cette phase et doivent être respectés. C’est pourquoi les résultats des négociations détaillées doivent être consignés par écrits ou enregistrés dans un procès-verbal conformément au principe de transparence (documentation compréhensible).

### Voies de droit

En réaction à une modification qu’ils estiment illicite, les soumissionnaires non retenus pourraient, même après l’adjudication, exiger de l’adjudicateur une **révocation** de l’adjudication qui ou dont le refus ouvrirait la voie à un recours.

#### Hyperliens

6.4 Voies de droit

## Révocation de l’adjudication

### Procédure de révocation

Un marché dûment adjugé peut être révoqué pour les raisons énoncées à titre d’exemple à l’art. 44 al. 1 et 2 LMP / AIMP. Les motifs de révocation sont les mêmes que les motifs d’exclusion. Le soumissionnaire concerné doit être informé de la révocation de l’adjudication au moyen d’une décision avec indication des voies de droit. Le motif de révocation invoqué doit être motivé.

#### Hyperliens

3. Choix et déroulement de la procédure d’adjudication

6.3 Exclusion et interruption

art. 44 al. 1 et 2 LMP

art. 44 al. 1 et 2 AIMP

Si la révocation intervient après la conclusion du contrat, l'adjudicateur doit réfléchir, en plus des dispositions du droit des marchés publics, aux conséquences de la révocation sur le contrat (p. ex. résiliation anticipée selon les règles du contrat) et à l'ordre dans lequel les mesures nécessaires doivent être engagées.

### Hyperliens

7.2 Mise en œuvre du contrat

## Conséquences juridiques: Retour à la procédure d'adjudication

La révocation ne concerne directement que l'adjudicataire.

### Hyperliens

art. 43 LMP

art. 43 AIMP

**Si le contrat n'est pas encore conclu**, la procédure d'adjudication renaît suite à la révocation. Les options d'action suivantes sont alors possibles:

**1) Nouvelle adjudication:** en cas de révocation, le marché ne peut pas être adjugé sans autre formalité au soumissionnaire qui occupait précédemment le second rang. Selon le motif de révocation et la situation à l'issue de la révocation décidée, une **nouvelle évaluation** est éventuellement requise (p. ex. quand la révocation concernait l'offre financièrement la plus avantageuse et que les paramètres à utiliser dans la formulation du prix changent de ce fait). La **validité des offres** doit en outre être contrôlée. Dans ce cas, une nouvelle adjudication suppose que le nouvel adjudicataire confirme ou renouvelle son offre (sans modification importante). Plus la procédure d'adjudication est ancienne, moins il est probable que l'adjudicateur puisse adjuger de nouveau le marché après une révocation. Dans la procédure ouverte et sélective, la nouvelle adjudication doit également être publiée sur www.simap.ch selon l'art. 48 al. 1 LMP / AIMP. Nous renvoyons par ailleurs aux explications à l'étape 6 (#6.2). Les dispositions d'exécution cantonales doivent être prises en considération.

### Hyperliens

6.2 Examen et évaluation des offres, adjudication

**ou**

**2) Interruption de la procédure et éventuellement nouvel appel d'offres portant sur le marché:** selon le motif de révocation (p. ex. en cas de corruption, d'ententes illégales en matière de droit de la concurrence ou de manquements à la LCD, de conditions-cadres modifiées ou lorsqu'il ne reste plus de soumissionnaires), la procédure doit être totalement interrompue et, le cas échéant, répétée. L'interruption et la répétition de la procédure sont communiquées aux soumissionnaires sous la forme d'une décision motivée avec une indication des voies de recours et elles sont en outre publiées sous forme électronique sur www.simap.ch dans la procédure ouverte et sélective. Les dispositions d'exécution cantonales doivent être prises en considération.

### Hyperliens

6.3 Exclusion et interruption

**Si le contrat a déjà été conclu**, la résiliation des rapports contractuels se base en premier lieu sur les règles du contrat lui-même (p. ex. règles en matière de résiliation) et sur les éventuelles CC ou CG ou, le cas échéant, sur les dispositions générales du CO. Une obligation d'indemnisation éventuelle de l'adjudicateur se base généralement aussi sur le contrat ou le droit privé.

## Hyperliens

7.2 Mise en œuvre du contrat

# 7.2 Mise en œuvre du contrat

## Modifications après la conclusion du contrat

Après la conclusion du contrat, les modifications se basent sur les règles du contrat (réglementation des avenants, gestion des changements du contrat), sachant que même de telles modifications contractuelles de l'objet du marché ou des conditions doivent respecter le cadre de l'adjudication et ne pas le remettre en question. Les conditions contractuelles et générales de l'adjudicateur qui règlent éventuellement les modifications du contrat s'appliquent par ailleurs. Même lors de la réalisation, il faut vérifier que les prescriptions de mise en œuvre prévues dans le contrat sont respectées.

### Hyperliens

5. Elaboration de l'appel d'offres et documents d'appel d'offres

Guide de la KBOB pour la gestion des avenants aux contrats portant sur l'étude ou la réalisation de projets de construction

Conditions générales des contrats de la KBOB

Conditions générales de la Confédération

### Définition

La gestion des avenants règle la gestion des *écarts de prestations*, c.-à-d. les écarts par rapport à une prestation initialement convenue dans le contrat de base par type et / ou quantité et / ou durée.

### Hyperliens

Guide de la KBOB pour la gestion des avenants aux contrats portant sur l'étude ou la réalisation de projets de construction

### Causes

Les écarts de prestations peuvent être provoqués par différentes causes influençables ou non influençables.

*Exemples de facteurs non influençables:*

- *modifications de la situation légale;*
- *perturbation résultant de circonstances externes extraordinaires (p. ex. inondations, tremblements de terre, tempêtes, mesures administratives contraignantes, troubles de la paix du travail, intempéries);*
- *opposition dans des procédures d'approbation des plans et de permis de construire;*
- *projets de tiers;*
- *nouvelles connaissances.*

*Exemples de facteurs influençables par l'adjudicateur:*

- *erreurs de planification techniques, temporelles ou organisationnelles - nouvelles prescriptions du maître d'ouvrage;*
- *informations et instructions manquantes, erronées ou tardives;*
- *manquement à des obligations de collaborer (livraison trop tardive des bases de l'exécution: mise à disposition du terrain à bâtir, du matériau, etc.);*

- *modifications de commandes; modifications de projets, modifications d'exigences d'utilisation; modifications budgétaires, nouvelles exigences en matière de qualité.*

*Exemples de facteurs influençables par l'adjudicataire:*

- *erreurs de planification techniques, temporelles ou organisationnelles;*
- *prestations retardées ou défectueuses de l'entrepreneur ou de ses sous-traitants;*
- *choix d'une autre technique d'exécution par rapport au contrat.*

### Hyperliens

Guide de la KBOB pour la gestion des avenants aux contrats portant sur l'étude ou la réalisation de projets de construction

## Conséquences

Dépendance par rapport au domaine *du risque / de compétence:*

- Adjudicateur: adaptation de la rémunération et / ou adaptation des délais / dates contractuels.
- Adjudicataire: pas d'adaptation de la rémunération et / ou adaptation des délais / termes contractuels.

*Cf. schéma dans: Guide de la KBOB pour la gestion des avenants aux contrats portant sur l'étude ou la réalisation de projets de construction, p. 10.*

### Hyperliens

Guide de la KBOB pour la gestion des avenants aux contrats portant sur l'étude ou la réalisation de projets de construction

## Exécution des avenants

La **procédure** suivante se réfère aux avenants de l'adjudicataire, mais elle est également applicable par analogie aux modifications de commande (avenants) de l'adjudicateur:

1. constatation de l'écart de prestation;
2. demande d'avenant;
3. décision relative à l'acceptation;
4. examen de la demande d'avenant à l'aune de sa pertinence selon le droit des marchés publics;
5. accord quant à un avenant au contrat (contrat de base);
6. décompte de la prestation fournie.

*Cf. schéma dans: Guide pour la gestion des avenants aux contrats portant sur l'étude ou la réalisation de projets de construction, édition 2022, p. 18.*

### Hyperliens

Guide de la KBOB pour la gestion des avenants aux contrats portant sur l'étude ou la réalisation de projets de construction

## Demande d'avenant

La demande d'avenant contient les **conséquences financières, qualitatives et en termes de délai** de l'écart de

prestations retenu lors de l'approbation de la demande d'avenant et de la charge en plus ou en moins qui en résulte.

## Examen de la demande d'avenant / décision

En s'appuyant sur le contrat de base, l'adjudicateur vérifie rapidement si la demande d'avenant est **justifiée**. Il en résulte un courrier d'approbation ou un refus écrit motivé. En cas de refus, la demande d'avenant est négociée.

## Examen de la pertinence selon le droit des marchés publics

**Les écarts importants** par rapport aux définitions dans la *décision d'adjudication* initiale sont en principe interdits, sauf s'ils ont déjà été annoncés dans l'appel d'offres (variante, option, modification de commande, etc.). **Question de contrôle: le marché aurait-il dû être adjugé à un autre soumissionnaire compte tenu des conditions modifiées ou aurait-il fallu s'attendre à des offres d'autres soumissionnaires que les soumissionnaires impliqués?** Un nouvel appel d'offres doit être organisé dans un tel cas. Une adjudication de gré à gré est exceptionnellement possible.

### Hyperliens

art. 21 al. 2 LMP

art. 21 al. 2 AIMP

art. 48 al. 1 LMP

art. 48 al. 1 AIMP

Guide de la KBOB pour la gestion des avenants aux contrats portant sur l'étude ou la réalisation de projets de construction

Il faut d'abord se demander si un avenant peut être considéré comme étant couvert par le contrat ayant fait l'objet de l'appel d'offres et par l'adjudication. C'est notamment le cas quand (a) un mécanisme de modification du contrat existe ou quand (b) il faut partir du principe qu'il existe une modification mineure du contrat.

a) Lorsque l'appel d'offre et le contrat conclu portent sur **certaines possibilités de modification** et leurs conséquences, les écarts de prestations opérés sur cette base sont réputés couverts par l'adjudication.

b) La **modification** est **mineure** quand on peut supposer avec une certitude suffisante qu'à la date de l'appel d'offres initial il n'y aurait premièrement pas eu de cercle des soumissionnaires différent et que deuxièmement aucun autre soumissionnaire n'aurait obtenu le marché, si les écarts de prestations avaient déjà été connus à l'époque et fait l'objet d'un appel d'offres (hypothèse dite de l'ordre inchangé des soumissionnaires).

Si l'avenant est couvert par le contrat, la modification peut intervenir sans autres conséquences en droit des marchés publics. S'il faut toutefois supposer que l'avenant excède le cadre de l'adjudication, il faut alors se demander dans quelle mesure ce marché peut être adjugé à l'actuel adjudicataire.

L'art. 21 al. 2 let. e LMP / AIMP, qui autorise l'adjudication de gré à gré des marchés indépendamment de la valeur seuil afin de remplacer, compléter ou accroître des prestations déjà fournies, est notamment pertinent à cet égard.

Rappelons à ce propos qu'une adjudication qui atteint la valeur seuil pour la procédure ouverte ou sélective / relève des marchés soumis aux accords internationaux, doit être publiée même en cas d'adjudication de gré à gré (cf. art. 48 a: 2 LMP / AIMP). Hormis des exceptions sérieusement motivées, la somme globale des adjudications de gré à gré fondées sur l'art. 21 al. 2 let. e LMP / AIMP ne doit pas excéder celle de l'acquisition initiale.

## Avenant au contrat

Une **modification du contrat** doit être effectuée après l'approbation au moyen d'un avenant au contrat de base.

Les avenants au contrat de base sont généralement soumis aux mêmes procédures d'approbation que le contrat de base.

### Autres prestations

Le mandant peut demander que les prestations convenues soient modifiées.

Les modifications des prestations et les adaptations corrélatives de la rémunération, des délais et d'autres points du contrat définies et convenues par écrit dans un avenant avant la poursuite des travaux. Lorsque les honoraires doivent être adaptés, leur nouveau montant est déterminé sur la base des taux constituant la base de calcul initiale, majorés du renchérissement si une adaptation au renchérissement a été convenue contractuellement.

Le mandant rémunère le mandataire pour les prestations autorisées qui ont été exécutées de manière avérée avant la modification de la commande et que cette modification a rendues inutiles.

#### Hyperliens

Conditions générales des contrats de mandataire et de prestations dans le domaine de la gestion des bâtiments de la KBOB

Conditions générales de la Confédération

### Documentation

La KBOB met notamment différents modèles d'avenants à la disposition des adjudicateurs de tous les niveaux fédéraux.

#### Hyperliens

KBOB recueil de documents (anciennement «Cockpit KBOB»)

## Appel de prestations (contrat-cadre)

Contrats-cadres avec **un** soumissionnaire:

L'achat de prestations s'effectue directement auprès de l'adjudicataire par le biais de *contrats subséquents*. Les contrats subséquents fondés sur le contrat-cadre sont conclus selon les termes du contrat-cadre (une certaine procédure sur appel y est généralement convenue ou réglée). Cet appel est licite – toujours dans le cadre du contrat – même si la valeur de la commande individuelle est supérieure à une valeur seuil déterminante en droit des marchés publics. L'adjudicateur annonce le besoin concret, que le soumissionnaire confirme et satisfait par une livraison correspondante et que l'adjudicateur rémunère aux conditions définies dans le contrat-cadre.

#### Hyperliens

Contrats-cadres

art. 25 al. 4 LMP

art. 25 al. 4 AIMP

Guide de la KBOB concernant l'acquisition de et avec des contrats-cadre dans le secteur de la construction et dans la gestion des bâtiments

Contrats-cadres avec **plusieurs** soumissionnaires

Soit la prestation est **directement** appelée (pour autant que cela soit prévu dans l'appel d'offres ou dans le contrat-cadre), soit une procédure sur appel séparée s'applique (petit concours ou procédure de *mini-tender*). Dans les deux cas, les critères relatifs à l'appel ultérieur des contrats subséquents doivent être communiqués aux soumissionnaires dès l'appel d'offres et inscrits dans le contrat-cadre pour qu'ils puissent évaluer leurs chances de manière réaliste et que l'arbitraire soit empêché lors de l'appel. Le contrat-cadre doit retenir des **critères objectifs**.

### Hyperliens

Contrats-cadres

art. 25 al. 4 et 5 LMP

art. 25 al. 4 et 5 AIMP

Guide de la KBOB concernant l'acquisition de et avec des contrats-cadre dans le secteur de la construction et dans la gestion des bâtiments

*Exemple d'**appel direct**: l'appel d'offres peut par exemple prévoir pour le contrat un appel fondé sur le classement. L'adjudicateur demande alors aux partenaires liés par les contrats-cadres dans l'ordre du classement de leurs offres s'ils sont disponibles et souhaitent exécuter la prestation. Le contrat subséquent est conclu avec le premier partenaire contractant qui se déclare disponible. Les conditions et les prestations doivent déjà être fixées dans et avec l'appel d'offres.*

*Exemple de **mini-tender**: l'adjudicateur demande à tous les partenaires liés par les contrats-cadres de remettre une offre écrite pour répondre à un besoin concret. Le contrat subséquent est octroyé à l'offre ou au soumissionnaire qui répond le mieux aux critères d'appel (p. ex. disponibilité à une certaine date). Les conditions et les prestations doivent déjà être fixées dans / avec l'appel d'offres.*

## Appel direct

L'appel direct se base sur les **conditions** énoncées dans les **contrats-cadres** (choix de l'offre la plus avantageuse, sans nouvel appel à la remise d'une offre). L'adjudicateur bénéficie ainsi d'une grande flexibilité (temporelle). La conclusion directe d'un contrat subséquent suppose toutefois que le contrat-cadre ait déjà **fixé** tous les points du contrat **par avance** (p. ex. appel fondé sur le classement avec des conditions, une prestation et un prix clairement définis). Ce choix peut se justifier pour éviter p. ex. des coûts de transaction trop élevés lorsque des volumes peu importants sont en jeu. L'appel direct recèle cependant des **risques d'abus**, lorsque de nombreux contrats-cadres parallèles sont conclus, mais que les contrats ne sont p. ex. pas conclus dans l'ordre mais toujours conclus avec le soumissionnaire préféré. Il est donc conseillé de documenter également les appels directs.

### Hyperliens

Contrats-cadres

art. 25 al. 5 LMP

art. 25 al. 5 AIMP

Guide de la KBOB concernant l'acquisition de et avec des contrats-cadre dans le secteur de la construction et dans la gestion des bâtiments

## Procédure de mini-tender

La procédure de mini-tender s'effectue en trois **étapes**:

1. L'adjudicateur communique préalablement le *besoin concret* aux partenaires liés par les contrats-

cadres;
2. fixe un **délai convenable pour la remise des offres écrites** pour chaque marché subséquent; et
3. conclut le **contrat subséquent** avec le partenaire qui a remis l'offre individuelle la plus avantageuse sur la base des conditions fixées dans les documents d'appel d'offres ou le contrat-cadre.

**Aucun nouveau critère d'adjudication** autre que ceux qui ont été déterminés dans les documents d'appel d'offres ou dans le contrat-cadre ne doit être défini ou appliqué (art. 25 al. 5 let. d LMP / AIMP). Dans le cas de produits standardisés (par exemple consommables de bureau), le mini-tender peut également prendre la forme d'une enchère électronique (art. 23 LMP / AIMP), ce qui peut se traduire par une diminution des coûts de transaction et des gains de temps.

### Hyperliens

Contrats-cadres

art. 25 al. 5 LMP

art. 25 al. 5 AIMP

art. 23 LMP

art. 23 AIMP

Guide de la KBOB concernant l'acquisition de et avec des contrats-cadre dans le secteur de la construction et dans la gestion des bâtiments

## Voies de droit

Lors de l'**adjudication des contrats subséquents** (que ce soit directement, par choix de l'offre la plus avantageuse ou par appel séparé dans le cadre d'un mini-tender), le recours contre la décision d'adjudication est expressément **exclu** par la loi.

Le droit de recours des soumissionnaires subsiste uniquement dans les cas où les contrats attribués ultérieurement **ne sont pas** ou plus **couverts par l'adjudication** (dépassement de l'étendue maximale des prestations ou de la durée du contrat) ou que le contrat-cadre fait l'objet d'une **modification** ultérieure **significative** (notamment en termes de prix et / ou de quantité). Au surplus, les litiges de nature contractuelle sont de la compétence des tribunaux civils.

### Hyperliens

6.4 Voies de droit

Contrats-cadres

art. 53 al. 6 LMP

art. 53 al. 6 AIMP

Guide de la KBOB concernant l'acquisition de et avec des contrats-cadre dans le secteur de la construction et dans la gestion des bâtiments

## Documentation

La KBOB met notamment différents modèles pour la procédure sur appel à la disposition des adjudicateurs de tous les niveaux fédéraux.

## Hyperliens

KBOB recueil de documents (anciennement «Cockpit KBOB»)

# 7.3 Sanctions

Hyperliens

art. 45 al. 1 en relation avec l'art. 44 al. 1 let. c LMP

art. 45 al. 1 en relation avec l'art. 44 al. 1 let. c AIMP

- Infraction à des dispositions relatives à la lutte contre la **corruption**

  Hyperliens

  art. 45 al. 1 en relation avec l'art. 44 al. 1 let. e LMP

  art. 45 al. 1 en relation avec l'art. 44 al. 1 let. e AIMP

- **Accords** illicites **affectant la concurrence**

  Hyperliens

  art. 45 al. 1 en relation avec l'art. 44 al. 2 let. b LMP

  art. 45 al. 1 en relation avec l'art. 44 al. 2 let. b AIMP

  Note de la COMCO «Soupçon de cartels de soumission»

  Note de la COMCO «Combattre les cartels de soumission»

- Non-respect des **dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail, de l'égalité de traitement salarial, de la confidentialité, de la législation en matière de protection de l'environnement** en Suisse et à l'étranger (selon l'art. 12 LMP / AIMP)

  Hyperliens

  art. 45 al. 1 en relation avec l'art. 44 al. 2 let. f LMP

  art. 45 al. 1 en relation avec l'art. 44 al. 2 let. f AIMP

- Violation des obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi sur le **travail au noir**.

  Hyperliens

  art. 45 al. 1 en relation avec l'art. 44 al. 2 let. g LMP

  art. 45 al. 1 en relation avec l'art. 44 al. 2 let. g AIMP

## Clarifications préalables de l'adjudicateur / mesures immédiates; ouverture, mise en œuvre et conclusion de la procédure de sanction

Veuillez consulter à ce sujet les explications dans la **fiche d'information Sanctions.**

### Hyperliens

Sanctions

## Voies de droit

Le soumissionnaire, le sous-traitant ou leurs organes sanctionnés peuvent former un recours contre la décision de sanction auprès du Tribunal administratif fédéral ou de l'autorité cantonale de recours.

### Hyperliens

Sanctions

6.4 Voies de droit

art. 53 al. 1 let. i LMP

art. 53 al. 1 let. i AIMP

### Liste

La CA / L'AiMp tient cette liste des soumissionnaires et sous-traitants exclus des futurs marchés. Chaque exclusion est répertoriée dans la liste avec les informations suivantes:

- Date de la communication de l'exclusion
- Nom de l'adjudicateur déclarant
- Nom (entreprise) et adresse du soumissionnaire ou du sous-traitant
- Motif de l'exclusion
- Durée de l'exclusion

Les informations visées à l'art. 25 al. 2 OMP peuvent être consultées par les adjudicateurs ou leurs services d'achats subordonnés sur demande correspondante à la CA.

Important: les adjudicateurs ne disposent **pas d'un droit d'accès général**, mais seulement d'un **droit concret de demander si un certain soumissionnaire est enregistré**. A cette fin, ils s'adresseront à la CA. L'autorité fournit le renseignement quand les conditions sont remplies.

Un droit de renseignement est également accordé aux adjudicateurs soumis aux prescriptions de l'AIMP, cependant pas directement auprès de la CA, mais de l'AiMp ou du service d'information cantonal. Les soumissionnaires et sous-traitants disposent finalement aussi d'un droit de demander s'ils sont enregistrés (renseignement sur leur propre situation).

### Hyperliens

art. 45 al. 3 LMP

art. 45 al. 3 AIMP

art. 25 al. 2 OMP

## Motifs de sanction

L'art. 45 LMP / AIMP contient une **liste exhaustive** des raisons pour lesquelles l'adjudicateur ou l'autorité compétente selon la prescription légale doit examiner une sanction relevant du droit des marchés publics (avertissement, amende pouvant aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre, exclusion des futurs marchés publics pour une durée maximale de cinq ans). Des sanctions relevant du droit des contrats peuvent également être convenues en plus des sanctions légales, prévues par le droit des marchés publics. On peut par exemple penser à convenir d'une peine conventionnelle.

### Hyperliens

Sanctions, mesures pour lutter contre la corruption

- **Condamnation entrée en force** pour un délit commis au détriment de l'adjudicateur ou pour un crime: l'exigence d'une condamnation entrée en force du soumissionnaire / sous-traitant ou des organes agissant en leur nom ne se réfère pas uniquement au CP, mais aussi à d'autres dispositions pénales dans d'autres lois, p. ex. dans la LPE.

# 7.4 Transfert du contrat et fin anticipée du contrat (informations / exemples)

## Bases

La possibilité d'un transfert du contrat (p. ex. en cas de fusions, de rachats ou d'autres restructurations) et les conditions dans lesquelles il intervient sont évaluées selon les bases légales (généralement civiles) déterminantes pour la relation contractuelle (CO, le cas échéant règlements SIA, le cas échéant sous réserve de CC / CG divergentes communiquée dans ou avec l'appel d'offres).

### Rapport avec le droit des marchés publics

Le remplacement de l'adjudicataire constitue en principe un changement important qui ne serait pratiquement plus couvert par l'autorisation de conclure selon le droit des marchés publics.

### Hyperliens

7.1 Conclusion du contrat

### CGA

A titre d'exemple pour une réglementation possible dans les CG, il est possible de renvoyer au ch. 1 des CG de prestations dans le domaine de la gestion des bâtiments de la KBOB.

*«Ch. 13 Transfert du contrat […]*

*13.1 Sous réserve du ch. 13.2 ci-après, la relation contractuelle ou des droits et devoirs qui en découlent ne peut être transférés par chacune des parties qu'avec le consentement écrit de l'autre partie […]. […]*

*13.2 L'adjudicateur peut transférer la relation contractuelle […] sans le consentement du soumissionnaire à une autre société de l'adjudicateur […]. L'adjudicateur indemnise le soumissionnaire de manière appropriée pour les désavantages qui en résultent.»*

### Hyperliens

Cockpit KBOB, document n° 231 accessible depuis le fichier intitulé «Documents nécessaires pendant toute la durée de la procédure d'appel d'offres»

## Résiliation du contrat, fin anticipée du contrat

La possibilité d'une résiliation du contrat ou d'une fin anticipée du contrat et les conditions dans lesquelles elle intervient sont évaluées selon les bases légales (généralement civiles) déterminantes pour la relation contractuelle (CO, le cas échéant normes SIA, le cas échéant sous réserve de CC/CG divergentes communiquée dans ou avec l'appel d'offres).

### Raisons possibles / exemples

Les raisons possibles d'une résiliation du contrat, d'une fin anticipée du contrat sont:

- retard,
- livraison erronée,
- défauts.
- Cf. en outre les motifs de révocation visés à l'art. 44 al. 1 et 2 LMP / AIMP.
- Si l'adjudicataire se retire durant l'exécution du marché, celui-ci, respectivement la part restante, doit faire l'objet d'une nouvelle adjudication, le cas échéant après avoir préalablement interrompu la procédure et procédé à un nouvel appel d'offres. Voir à ce sujet les explications au point 7.1 Conclusion du contrat, révocation; Conséquences juridiques: retour à la procédure d'adjudication.

### CGA

A titre d'exemple pour une réglementation possible dans les CG, il est possible de renvoyer au ch. 17 des CG de contrats de livraison d'ouvrage de la KBOB.

### Hyperliens

KBOB recueil de documents (anciennement «Cockpit KBOB»), document n° 92 accessible depuis le fichier intitulé «Documents nécessaires pendant toute la durée de la procédure d'appel d'offres»