

Olivier Rodondi

Dr en droit, avocat

Rodondi Joye avocats

Lausanne

**La rectification des offres
au sens de l'art. 39 LMP/AIMP**

Le contexte

- Épuration: 38 /39
- Corrections : 38₁
- Explications: 38₂
- Clarification: 38 / 39
- Rectification: 39
- Adaptation: 39
- Modification: 39
- Négociations 11d /39
- Interruption: 43
- Exclusion: 44

Article 39 LMP

Art. 39 Rectification des offres

En vue de déterminer l'offre la plus avantageuse, l'adjudicateur peut, en collaboration avec les soumissionnaires, rectifier les offres en ce qui concerne les prestations et les modalités de leur exécution.

Une rectification n'est effectuée que:

- a. si elle est indispensable pour clarifier l'objet du marché ou les offres ou pour rendre les offres objectivement comparables sur la base des critères d'adjudication, ou
- b. si des modifications des prestations sont objectivement et matériellement nécessaires; dans ce cas, l'objet du marché, les critères et les spécifications ne peuvent cependant être adaptés de manière telle que la prestation caractéristique ou le cercle des soumissionnaires potentiels s'en trouvent modifiés.

Une adaptation des prix ne peut être demandée que dans le cadre d'une rectification effectuée pour l'une des raisons mentionnées à l'al. 2.

L'adjudicateur consigne dans des procès-verbaux les résultats de la rectification des offres.

Article 39 LMP

- Cette disposition est le fruit d'un compromis entre deux conceptions antagonistes qui prévalaient sous l'ancien droit, à savoir le droit fédéral, d'un côté, qui admettait les négociations sur les prestations et/ou les prix et les droits cantonaux, de l'autre, qui les prohibaient.
- S'inscrit dans le cadre de l'épuration technique des offres
- Négociation technique

Article 39 LMP: à la croisée des principes

- **Principe de la stabilité des offres** (besoin de préciser l'objet du marché en cours de procédure, même après l'ouverture des offres)
- **Principe de l'intangibilité des offres** (pas de modification du contenu matériel de l'offre)
- **Principe de l'interdiction des négociations sur les prix** (sauf adaptation en lien avec la rectification)
- **Principe de l'offre la plus avantageuse économiquement** (meilleur rapport prix-prestation)
- **Principe de l'égalité de traitement – non-discrimination** (objectivement et matériellement nécessaire)
- **Principe de la transparence** (en collaboration avec les soumissionnaires; PV)
- **Principes de la proportionnalité /interdiction du formalisme excessif** (exclusion sauf pour défaut de conformité véniel / peu grave)

Négociations techniques / rectification des offres

- ***Echanges avec les soumissionnaires***

- al. 2 lit. a : mise au point des offres sur des irrégularités/imperfections mineures pour les rendre comparables

ou

clarification / précision du marché (AO) puis des offres pour les rendre comparables

(négociations d'éclaircissement)

- al.2 lit. b : modification du projet, des prestations ou des modalités de celles-ci dans une mesure admissible (points secondaires) et discussion pour adapter les offres à cette modification: offre complémentaire

(négociations de modifications)

Article 39 LMP - Message

Une rectification ... sert à dissiper les malentendus et à combler les lacunes manifestes des documents d'appel d'offres. Par ailleurs, elle offre à l'adjudicateur un moyen d'améliorer, dans certaines limites, la définition de l'objet du marché au cours de la procédure d'adjudication, contribuant ainsi à l'assouplissement de cette dernière, et lui permet de rendre les offres comparables.

La modification ou la réduction des prestations ne doivent pas servir à mettre en conformité des offres qui, au départ, ne satisfaisaient clairement pas aux conditions du marché.»

Négociations d'éclaircissement (al. 2 let. a)

- Articulation entre (a) les explications de l'art. 38 LMP / AIMP (d'office) et les (b) rectifications / négociations d'éclaircissement de l'art. 39 al. 2 lit. a LMP / AIMP (avec le concours des soumissionnaires)?
- Art. 38 al. 1 et 2 LMP/AIMP
 - « *L'adjudicateur vérifie si les offres déposées respectent les exigences de forme. Les erreurs manifestes de calcul sont corrigées d'office* » (1)
 - « *L'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires de donner des explications sur leurs offres. Il consigne les questions posées et les réponses obtenues* » (2).

Négociations d'éclaircissement (al. 2 let. a)

- Différences:
 - 38 al. 1 : Correction d'office des erreurs manifestes de calcul
 - 38 al. 2 : Explications sur le contenu de l'offre /corrections des erreurs involontaires, sans altération du rapport prix-prestation, afin d'assurer la comparabilité des offres
 - 39 al.2 let. a: Discussions avec les soumissionnaires et mise au point plus poussée des offres, en relation avec une clarification –éventuelle- de l'appel d'offres, afin de rendre les offres comparables
 - Subsidiarité? :« *si elle est indispensable* » : si aucun autre moyen ne permet de clarifier l'objet du marché ou les offres
- **Pas de modification des prestations offertes pour un certain prix**

ATAF du 15 avril 2024 / B-6847/2023

- *La distinction entre ce qui relève de la correction d'erreurs de calcul et d'explications d'offres et ce qui relève de la modification d'offres contraires au principe d'intangibilité des offres peut s'avérer délicate (ATF 141 II 353, cons. 8.2.2)*
- *Les clarifications ne peuvent pas conduire à des modifications des offres ou à la correction de lacunes, sauf s'il s'agit d'erreurs de calcul, sinon il s'agit d'une rectification qui n'est admissible qu'à certaines conditions, dérogeant ainsi aux principes de stabilité de l'appel d'offres et de l'intangibilité des offres*
- *L'art. 39 al. 2 lit. a LMP / AIMP ne peut être utilisé pour transformer une offre non conforme aux exigences du cahier des charges en une offre conforme*

ATAF du 15 avril 2024 / B-6847/2023

- Marché de construction des CFF
- 4 offres et adjudication à Consortium Y après 2 séances de clarification (« chiarimenti »)
- Recours au TAF : violation des principes d'intangibilité de l'offre et d'égalité de traitement
- Grievs: Offre ne répondant pas aux exigences du cahier des charges sur
 - Lieu de stockage intermédiaire des matériaux excédentaire « hors chantier »
 - Destination finale des matériaux de divers types (décharges et lettres d'acceptation)
 - Concept de gestion /transport des matériaux /déchets

ATAF du 15 avril 2024 / B-6847/2023

- ***Lieu de stockage intermédiaire des matériaux excédentaires « hors chantier »***

CFF : éclaircissements : l'offre initiale ne prévoyait pas de lieu de stockage extérieure. Prestation non conforme au cahier des charges. Mise en conformité augmente le prix offert. Offre incomplète : explications techniques (38 al. 2 LMP) et/ou rectification (39 LMP) injustifiées.

- ***Destination finale des matériaux de divers type (décharges et lettres d'acceptation)***

Erreur de retranscription dans l'offre « *probablement involontaire et marginale* » portant sur l'une des décharges indiquées. Clarification technique (38 al. 2 LMP) admise pour l'envoi de la lettre d'acceptation de la bonne décharge .

- ***Concept de gestion /transport des matériaux /déchets***

CFF : éclaircissements : l'offre initiale indiquait une gestion « *in progress* », soit une solution à définir progressivement au moment de l'exécution de la prestation. Ne répond que partiellement au cahier des charges. Mise en conformité augmente le prix offert. Clarification technique (38 al. 2 LMP) et/ou rectification (39 LMP) injustifiées.

- **Les défauts de l'offre initiale portent sur des aspects qui sont tant quantitativement que qualitativement pertinents pour l'attribution du marché : Exclusion (art. 44 al. 1 lit. b LP)**

ATAF du 20 mars 2024 / B-4028/2023

- Recours pour violation du principe d'intangibilité des offres: prix de plusieurs offres modifié en cours de procédure.
- L'adjudicateur soutient que certes les prix de certaines offres ont été modifiés mais que cela est licite car conforme à l'article 39 LMP.

ATAF du 20 mars 2024 / B-4028/2023

6.2 En l'espèce, le point 4.1 du document A2.1 « Requirements Specification Future SCADA EMS (SMARTA) » des documents d'appel d'offres indique que :

« in the subsequent operations phase the supplier provides support and maintenance services. Furthermore, the partner shall supply additional implementation based on Change Requests and additional training, consulting and additional other services based on Service Requests in the operations phase. Conditions for these additional services shall be defined in the contract and the prices shall be defined in the Price Sheet in the Criteria Catalogue ».

Le point 4.2.1 relatif au « support for Operations Phase » prévoit que :

« The supplier is obliged to provide maintenance and support for the offered solution in accordance with the contract, the SLA and this document at least until 15 years for Lot 1: SCADA [...]. The initial contract period for the operational phase is implementation period plus 5 years. Swissgrid reserves the right to prolong this period by Lot 1: SCADA: 2 times 5 years up to 15 years in total [...] »

ATAF du 20 mars 2024 / B-4028/2023

Position	Description	Unit of measure	Price per Unit in CHF excl. VAT	# of units	Costs in CHF excl. VAT	Comments
Implementation project						
1	Fix price offer for the whole implementation project as described in the document "A2.2 Project Requirements"	Fixed lump sum	CHF 0.00	5	CHF 0.00	
2					CHF 0.00	
Options						
3	Hardware for the whole solution as described in documents A2.1, A2.3, C1.1, C1.4 and offered in C2.1	Fixed lump sum		1	CHF 0.00	
4	Fix price offer for the whole implementation of the State Estimation as described in the documents A2.1, C1.1, C1.4 and offered in C2.1	Fixed lump sum		1	CHF 0.00	
5						
Operation Phase						
6	Initial license fees	one off	CHF 0.00		CHF 0.00	
7	Recurring license fees	yearly	CHF 0.00		CHF 0.00	
8	Support fees	yearly	CHF 0.00		CHF 0.00	
9			CHF 0.00	X	CHF 0.00	
Option Operation Phase State Estimation						
10	Initial license fees	one off	CHF 0.00		CHF 0.00	
11	Recurring license fees	yearly	CHF 0.00		CHF 0.00	
12	Support fees	yearly	CHF 0.00		CHF 0.00	
13			CHF 0.00	X	CHF 0.00	
Prolongation of the operation phase						
14	Recurring license fees	yearly	CHF 0.00		CHF 0.00	
15	Support Fees	yearly	CHF 0.00		CHF 0.00	
16			CHF 0.00	X	CHF 0.00	
Option: Prolongation of the operation phase for State Estimation						
17	Recurring license fees	yearly	CHF 0.00		CHF 0.00	
18	Support Fees	yearly	CHF 0.00		CHF 0.00	
19			CHF 0.00	X	CHF 0.00	
Optional Services on Demand						
20	Additional Training off site	per hour	CHF 0.00	40	CHF 0.00	
21	Additional Training on site	per hour	CHF 0.00	40	CHF 0.00	
22	Consulting regarding of the SCADA Soution off site	per hour	CHF 0.00	320	CHF 0.00	
23	Consulting regarding of the SCADA Soution on site	per hour	CHF 0.00	80	CHF 0.00	
24	Change/Service Request off site	per hour	CHF 0.00	1400	CHF 0.00	
25	Change/Service Request on site	per hour	CHF 0.00	200	CHF 0.00	
			Total costs:		CHF 0.00	

ATAF du 20 mars 2024 / B-4028/2023

Sur les exigences liées à la maintenance et au support de la prestation dans le temps:

- deux soumissionnaires ont rempli correctement le tableau Excel
- deux soumissionnaires ont mentionné un nombre d'années (quantité) de 5 au lieu de 10
- l'adjudicataire a indiqué la quantité 1 dans les positions en jaune
- ajustement des quantités pour rendre les offres comparables

ATAF du 20 mars 2024 / B-4028/2023

- Rejet du recours.
- Les clarifications s'inscrivent dans la rectification des offres selon 39 al. 2 let. a LMP
 - le nombre d'années qui devait être prise en considération pour les différentes phases du marché était fixé dans les document d'appel d'offres
 - les rectifications des offres des trois soumissionnaires en question se justifiaient parce que **ceux-ci n'avaient pas compris correctement** cet aspect de durée
 - elles permettaient donc de clarifier la durée des différentes phases d'opération (sic) et de rendre les offres comparables avec un même nombre d'années
 - les prix unitaires proposés initialement n'ont pas subi de modifications (sauf pour un en raison d'une indexation)
 - il ne s'agissait **pas d'une opération de clarification des offres qui visait à mettre en conformité des offres lacunaires avec les exigences du marché.**
 - **le pouvoir adjudicateur a clarifié et précisé un aspect de l'objet du marché pour dissiper toute équivoque dans le but de rendre les offres comparables**
 - les adaptations de prix s'avéraient nécessaires et sont la conséquence des rectifications effectuées
- Solution discutable

Négociations de modifications (al. 2 let. b)

- Besoin de l'adjudicateur a évolué, changé, s'est précisé après le retour des offres
- Modification de l'objet du marché ou de certaines prestations ou de certaines modalités d'exécution
- Modifications des prestations sont objectivement et matériellement nécessaires
- La modification ne peut porter ni sur la prestation caractéristique ni impacter le cercle des soumissionnaires
- La modification ne peut porter que sur des points secondaires sinon interruption de la procédure
- L'ajustement du prix doit être en relation avec la prestation modifiée

Exemple

- Postérieurement à l'ouverture des offres, un adjudicateur, en raison de la pose de panneaux photovoltaïques, doit revoir à la baisse le nombre de dalles de couverture du toit d'un édifice public projeté
- Modification de la prestation requise (500 m² - 200 m²)
- Adaptation des offres (quantités de dalles; travaux de pose; prix unitaires)
Adaptation corrélée du prix
- Offre complémentaire demandée aux soumissionnaires et fixation d'un délai semblable pour tous

Arrêt TC BE du 4 avril 2024

- Acquisition d'un système de mesure intelligent (IMS) pour le comptage dans le domaine de l'électricité
- Recours pour notamment mauvaise application de l'art. 39 AIMP
- La quantité de données voulues n'était pas indiquée dans le DAO. Séance de Q/R. Les offres proposent des volumes de données très différents: pas de comparabilité possible
- Précision sur le volume de données, modifications des offres et ajustement des prix à la hausse (non linéaires) : pas de mise au point selon art. 38 al. 2 AIMP

Arrêt TC BE du 4 avril 2024

- (1) Précisions du volume requis et (2) rectifications des offres, justifiées pour dégager l'offre la plus avantageuse
- Pas de modification de la prestation caractéristique et du cercle des soumissionnaires, « *il n'y a pas lieu de supposer que la quantité des données aurait été déterminante pour la participation de soumissionnaires potentiels, ce d'autant que le volume de données ne figurait pas dans les spécifications techniques* » (trad.libre)
- Epuration remplit (en tout cas) les conditions de l'art. 39 al. 2 let. b AIMP
- « *Il n'est pas nécessaire de déterminer s'il s'agit d'une simple clarification de l'offre selon l'art. 39 al. 2 let. a AIMP ou d'une modification de la prestation selon l'art. 39 al. 2 let. b AIMP* ». (trad.libre)

DISCUSSION

- La frontière entre 38 al.2 et 39 al.2 lit. a est poreuse
- Les explications (38) et les négociations techniques (39) : regroupées?
- Quid de la modification des critères d'adjudication selon 39 al. 2 lit. b ?
- 39 al. 2 lit. b garantit-il la confidentialité des offres?
- Autres