

Adjudications News n°

34

---

Aussi populaires que soient les **contrats-cadres**, leur mise en œuvre peut s'avérer délicate du point de vue du droit des marchés publics. En effet, la conclusion d'un contrat-cadre a pour effet d'attribuer des marchés pour un certain temps à des partenaires contractuels déterminés, ce qui implique que ces marchés sont soustraits à la concurrence. Le droit révisé des marchés publics ne permet donc d'y recourir qu'à certaines conditions.

---



Par **Martin Zobl**

Avocat, Dr. iur., LL.M.

Associé

Téléphone +41 58 658 55 35

[martin.zobl@walderwyss.com](mailto:martin.zobl@walderwyss.com)



et **Regula Fellner**

Avocate, lic. iur.

Managing Associate

Téléphone +41 58 658 51 98

[regula.fellner@walderwyss.com](mailto:regula.fellner@walderwyss.com)



Traduction par **Matthieu Seydoux**

Avocat, Dr. iur.

Associate

Téléphone +41 58 658 80 00

[matthieu.seydoux@walderwyss.com](mailto:matthieu.seydoux@walderwyss.com)

## L'adjudication de contrats-cadres selon le droit révisé des marchés publics

Même si les contrats-cadres offrent une certaine flexibilité pour acquérir des prestations, la mise en œuvre de la procédure d'appel d'offres exige un soin particulier. Les dispositions relatives aux contrats-cadres introduites, dans le droit révisé des marchés publics, consacrent en grande partie la pratique, mais contiennent également des nouveautés et des particularités.

Les contrats-cadres se caractérisent par l'absence de prestations directement exécutables, mais ils déterminent les conditions d'acquisition pour les parties contractantes des prestations qui feront l'objet de contrats subséquents. Si le droit suisse ne contenait pas de base légale sur cet instrument jusqu'à l'entrée en vigueur du droit révisé des marchés publics, l'utilisation de contrats-cadre est largement répandue en pratique. Les prestations de services fournies de manière régulière (p. ex. dans le domaine du conseil et de la maintenance informatiques) ainsi que les commandes échelonnées sur une période donnée (p. ex. matériel de bureau) se prêtent particulièrement bien à un contrat-cadre. À ce jour, la pratique s'est principalement orientée en fonction des directives de l'Union européenne relatives aux marchés publics, qui réglementent depuis plusieurs années déjà l'adjudication de contrats-cadres.<sup>1</sup>

### Bases légales

Avec la révision du droit des marchés publics, le contrat-cadre dispose désormais de dispositions légales spécifiques. Selon l'art. 25 al. 1 LMP<sup>2</sup> / AIMP 2019<sup>3</sup>, un pouvoir adjudicateur peut lancer un appel d'offres portant sur des contrats qui seront conclus avec un ou plusieurs soumissionnaires et qui ont pour objet de fixer les conditions auxquelles les prestations requises seront acquises au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne le

prix et, le cas échéant, les quantités envisagées. Pendant la durée d'un tel contrat-cadre, l'adjudicateur peut conclure des contrats subséquents fondés sur le contrat-cadre.

L'adjudication de contrats-cadres n'est toutefois pas un « type de procédure » à part entière. Les contrats-cadres peuvent être attribués selon la procédure prévue par les dispositions applicables en matière d'adjudication (p. ex. procédure ouverte ou sélective), en tenant compte des particularités du contrat-cadre ainsi que des exigences fixées à l'art. 25 LMP/ AIMP 2019<sup>4</sup>. La valeur estimée du marché est déterminante pour le choix du type de procédure, soit la **valeur totale** des prestations qui pourraient être adjudgées sur la base du contrat-cadre en question.<sup>5</sup>

### Exigences minimales

L'organisation d'un appel d'offres pour un contrat-cadre nécessite le respect de certaines exigences minimales. Ainsi, la **durée du contrat-cadre** et les **prix** (maximaux) des prestations (à fournir dans le cadre de contrats subséquents, soit un plafonnement des coûts) doivent au moins être déterminés à l'avance (cf. art. 25 al. 1 LMP/AIMP 2019). À teneur de l'art. 25 al. 1 LMP/AIMP 2019, les quantités envisagées ne doivent certes être fixées que « le cas échéant ».

Toutefois, les principes de la transparence<sup>6</sup> et de la concurrence<sup>7</sup>, imposent de fixer déjà dans l'appel

d'offres une **quantité maximale d'acquisition**.<sup>8,9</sup>

En outre, les contrats-cadres doivent contenir un **cahier des charges suffisamment précis**.<sup>10</sup> La conclusion d'un contrat-cadre ne peut pas suppléer à l'absence d'un cahier des charges lacunaire. Cela étant, les exigences relatives au degré de précision et de détail sont difficilement généralisables, de sorte que celles-ci dépendront avant tout du type de marché à adjuger.<sup>11</sup>

En revanche, selon la doctrine majoritaire, il n'est pas nécessaire que le contrat-cadre prévoie une obligation d'acquisition minimale à la charge du pouvoir adjudicateur.<sup>12</sup> Ainsi, même après la conclusion d'un contrat-cadre, l'adjudicateur reste libre de déterminer si et dans quelle mesure il souhaite acquérir des prestations, dans les limites de la quantité d'acquisition maximale définie.

#### Durée du contrat

La durée d'un contrat-cadre est en principe limitée à **cinq ans** (art. 25 al. 3 1ère phr. LMP/AIMP 2019). Cette limitation correspond à la règle générale qui prévaut en droit des marchés publics<sup>13</sup> et a pour finalité de ne pas restreindre trop longtemps l'accès au marché.<sup>14</sup> Une durée plus longue n'est autorisée qu'à titre exceptionnel dans des cas **dûment motivés** (art. 25 al. 3 3e phr. LMP/AIMP 2019), par exemple en cas d'acquisitions complexes ou de projets nécessitant des investissements initiaux considérables.<sup>15</sup>

Les contrats subséquents ne peuvent être conclus que pendant la durée du contrat-cadre (cf. art. 25 al. 1 dernière phr. LMP/AIMP 2019). Si des contrats subséquents sont conclus sur la base d'un contrat-cadre, ils peuvent toutefois se poursuivre au-delà de la durée (déterminée) du contrat-cadre, ce dernier restant valable tant que dure la relation contractuelle du contrat subséquent.

#### Contrat-cadre avec un seul soumissionnaire

Lorsqu'un contrat-cadre est conclu avec un seul soumissionnaire (**adjudication simple**), les contrats subséquents sont conclus conformément aux conditions fixées dans ce contrat-cadre (art. 25 al. 4 LMP/AIMP 2019). En ce sens, la faculté de conclure des contrats subséquents avec ce (seul) partenaire contractuel découle de l'adjudication du contrat-cadre (conclu dans le respect du droit des marchés publics) et ne nécessite pas de procédure de mise en concurrence subséquente. En outre, cela permet à l'adjudicateur de conclure des contrats subséquents sans nécessité d'organiser de nouvelles négociations.

Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut demander par écrit au partenaire contractuel de compléter son offre en vue de la conclusion des contrats subséquents (art. 25 al. 4 LMP). Le complément de l'offre est toutefois limité par l'étendue des prestations fixée dans le contrat-cadre ; les prestations ne peuvent pas être modifiées ou étendues de manière significative dans le contrat subséquent. Si tel devait être le cas, l'organisation d'un nouvel appel d'offres serait imposée.<sup>16</sup>

#### Contrat-cadre avec plusieurs soumissionnaires

Le pouvoir adjudicateur peut également conclure des contrats-cadres avec plusieurs soumissionnaires (**adjudication multiple**). Dans ce cas, un contrat-cadre séparé est conclu avec chaque soumissionnaire, de sorte qu'il existe plusieurs contrats-cadres en parallèle et ceux-ci portent sur le même objet soumis à la procédure d'appel d'offres.<sup>17</sup> On est en présence de raisons suffisantes par exemple en cas de besoin en ressources, de sécurité de l'approvisionnement ou lorsqu'il existe une volonté d'éviter une dépendance vis-à-vis d'un seul fournisseur.<sup>18</sup> Le devoir de motivation

n'est à cet égard toutefois pas très élevé.<sup>19</sup>

S'agissant de la conclusion des contrats subséquents, le pouvoir adjudicateur a le choix entre deux options :

#### Appel à prestations selon les conditions du contrat-cadre, sans nouvelle invitation à remettre une offre

Le pouvoir adjudicateur a la possibilité de requérir des prestations sur la base des critères définis dans le contrat-cadre. Selon cette variante, il n'y a alors pas de nouvelle invitation à soumettre une offre. Il est par exemple possible de procéder à une demande par ordre de priorité : une demande de disponibilité est envoyée aux partenaires contractuels dans leur ordre d'appel, ce qui signifie que le contrat subséquent est conclu avec le premier partenaire contractuel qui confirme sa disponibilité.<sup>20</sup> Il est alors nécessaire que la procédure soit basée sur des critères objectifs et transparents et qu'elle soit conforme aux principes généraux du droit des marchés publics (transparence, égalité de traitement, etc.).

#### Procédure « mini-tender »

Le pouvoir adjudicateur peut également organiser une **procédure dite « mini-tender »**. L'art. 25 al. 5 LMP/AIMP 2019 régit désormais expressément les exigences relatives à la mise en œuvre de cette procédure. Avant la conclusion de chaque contrat subséquent, tous les partenaires contractuels sont informés des besoins spécifiques de l'adjudicateur et ont alors la possibilité de soumettre une offre pour le contrat subséquent concerné.

Lorsque le pouvoir adjudicateur souhaite que les partenaires contractuels soumettent de nouvelles offres en vue de la conclusion d'un contrat subséquent ou complètent les offres préalablement formulées, il est alors tenu de mettre en œuvre une procédure « mini-tender ». À noter qu'il est interdit, dans le cadre

d'une procédure « mini tender », d'inviter uniquement certains soumissionnaires – et pas tous – à formuler une offre.

Le pouvoir adjudicateur conclut le contrat subséquent avec le soumissionnaire qui lui présente l'offre jugée la meilleure sur la base des **critères d'adjudication**. Ces critères doivent être matériellement justifiés. En outre, pour des raisons de transparence, les soumissionnaires doivent être informés des critères d'adjudication des contrats subséquents (et de leur pondération) déjà dans la procédure d'appel d'offres du contrat-cadre.<sup>21</sup>

#### **Détermination de la procédure d'adjudication dans l'appel d'offres**

Le pouvoir adjudicateur devrait également préciser, dans l'appel d'offres du contrat-cadre, les modalités de la procédure d'adjudication qui seront appliquées à la conclusion des contrats subséquents. Cette exigence découle non seulement du principe de la transparence, mais aussi des principes généraux du droit des contrats, selon lesquels les points essentiels du contrat (*essentialia negotii*) doivent être à tout le moins déterminables. La question de savoir selon quelles règles un soumissionnaire doit être désigné parmi les autres en fait notamment partie.

Dans ce contexte, le Tribunal administratif fédéral a récemment jugé, dans une décision rendue sous l'empire de l'aLMP, que le fait que les documents d'appel d'offres prévoyaient que la procédure d'adjudication se déroulerait selon un « processus à définir » ne paraissait pas, à première vue, « manifestement conforme au droit ». Néanmoins, le cahier des charges de l'affaire en question garantissait que les adjudicataires seraient associés à l'organisation du processus d'adjudication dans le cadre des négociations contractuelles. Le Tribunal administratif fédéral n'a toutefois pas

précisé si une telle garantie répondait aux exigences légales.<sup>22</sup>

#### **La conclusion de contrats subséquents sur la base d'un contrat-cadre**

En principe, la procédure d'appel d'offres s'achève avec l'entrée en force de la décision d'adjudication du contrat-cadre. La prestation commandée de façon subséquent auprès d'un soumissionnaire, sur la base d'un contrat-cadre, ne constitue pas une décision d'adjudication. L'autorisation de conclure un contrat subséquent découle bien plutôt de l'adjudication du contrat-cadre. En ce sens, il s'agit uniquement d'un acte d'exécution du contrat-cadre. De même, l'adjudication individuelle, effectuée sur la base d'un contrat-cadre, ne constitue pas une décision d'adjudication susceptible de recours au sens du droit des marchés publics.<sup>23</sup> Nous estimons toutefois qu'en cas de contrats-cadres qui courent en parallèle, les principes du droit des marchés publics restent applicables à la procédure d'adjudication subséquente. En ce sens, la procédure d'appel d'offres produit des effets au-delà de la décision d'adjudication, même si la relation entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire est de nature contractuelle après la décision d'adjudication.<sup>24</sup>

La loi prévoit désormais expressément que la conclusion de contrats subséquents ne peut faire l'objet d'un recours (art. 53 al. 6 LMP/AIMP 2019). Néanmoins, nous sommes d'avis qu'un contrôle juridictionnel ne saurait être totalement exclu. Tel sera par exemple le cas lorsque le pouvoir adjudicateur s'écarter des conditions d'appel d'offres dans le cadre de la procédure d'adjudication subséquente, ou lorsque les principes du droit des marchés publics sont violés de manière crasse. Dans ces hypothèses, l'adjudication subséquent ne serait plus couverte par

la procédure d'appel d'offres du contrat-cadre. Au surplus, il est évident qu'en cas de violation du contrat, le soumissionnaire partie au contrat pourra agir par la voie civile.

#### **Conclusion et recommandations**

Les contrats-cadres offrent au pouvoir adjudicateur une certaine flexibilité lors de l'acquisition de prestations. Le moment et la quantité des acquisitions peuvent être adaptés en fonction des besoins. En outre, une adjudication multiple garantit la disponibilité rapide de prestations auprès de plusieurs soumissionnaires qui se sont déjà révélés opérationnels lors d'une procédure d'appel d'offres. En outre, le « regroupement » des prestations couvertes par le contrat-cadre devrait permettre de négocier de meilleures conditions et les coûts de transaction devraient être comparativement plus faibles grâce à une procédure d'appel d'offres unique. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur n'est soumis à aucune obligation d'acquisition.

Pour les soumissionnaires parties au contrat-cadre, un contrat-cadre présente pour eux l'avantage qu'ils ne doivent participer qu'à une seule procédure d'adjudication, qui conduit ou peut conduire à l'attribution de plusieurs marchés (subséquents) pendant une durée déterminée. En revanche, l'absence d'obligation d'acquisition peut être insatisfaisante pour les soumissionnaires, dans la mesure où il est possible qu'ils n'obtiennent jamais de marché pendant toute la durée du contrat. Cet inconvénient se renforce lorsque les exigences en matière de disponibilité sur appel sont élevées. De plus, l'absence d'obligation d'acquisition a régulièrement un effet négatif sur la rentabilité de la participation à la procédure d'adjudication. Pour que les avantages apportés par les contrats-cadres se concrétisent dans la pratique, il

convient d'apporter un soin particulier aux modalités de l'appel d'offres de base et à la procédure de sélection qui s'ensuit.

Tout d'abord, l'attribution d'un contrat-cadre ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de procéder à une analyse de ses besoins et de spécifier suffisamment l'objet des prestations à acquérir. Il est recommandé de procéder, dans la mesure du possible, à une description exhaustive des prestations et de renoncer à concrétiser (davantage) les prestations dans le cadre des appels d'offres subséquents. Cela vaut d'autant plus si l'appel d'offres subséquent est lancé sans nouvelle mise en concurrence. Ensuite, il faut veiller à ce que la durée d'un contrat-cadre qui excède cinq ans soit justifiée par une raison objective inhérente à l'objet du marché.

En ce qui concerne la conclusion des contrats subséquents, le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge de manœuvre, mais la procédure de sélection doit être déterminée avec soin et les modalités de cette procédure doivent être fixées dans l'appel d'offres selon des critères objectifs, de manière transparente et dans le respect des principes généraux du droit des marchés publics.

Dans ce contexte, la procédure d'adjudication subséquente doit impérativement être déterminée dans l'appel d'offres du contrat-cadre ; il n'est pas possible de définir la procédure de sélection à suivre à un stade ultérieur (ou avant chaque adjudication subséquente). En revanche, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de se limiter à une seule procédure d'adjudication subséquente dans l'appel d'offres ; à notre avis, rien ne s'oppose, du point de vue du droit des marchés publics, à ce que deux procédures d'adjudication subséquente (procédure sans nouvelle invitation à faire des offres et procédure « mini-tender ») soient prévues dans l'appel d'offres du contrat-cadre, pour autant

que les soumissionnaires sachent clairement quelle procédure sera appliquée, dans quelles circonstances et comment les différentes procédures d'adjudication subséquente seront organisées. Cela implique que les modalités de la procédure et les critères de sélection (y compris la pondération) soient expressément définis, déjà au stade de l'appel d'offres relatif aux contrats-cadres, et que les exigences désormais inscrites dans la loi concernant la procédure « mini-tender » soient respectées.

*Adjudications News vous informe des développements récents et des questions importantes dans le domaine du droit suisse des marchés publics. Les informations et commentaires qu'il contient ne sont pas constitutifs d'un conseil juridique et les opinions exprimées ne doivent pas être utilisés pour agir sans un conseil juridique préalable.*

Sur le site [www.adjudications.ch](http://www.adjudications.ch), vous trouverez une introduction et des informations complémentaires sur le droit suisse des marchés publics, en particulier des liens utiles vers les différentes sources juridiques, ainsi que des publications.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2023

## Notes de fin

- 1 Cf. art. 14 et 29 Directive 2004/17/CE et art. 32 Directive 2004/18/CE resp. les dispositions révisées de l'art. 33 Directive 2014/24/UE (« directive marchés publics ») et art. 51 Directive 2014/25/UE (« directive secteurs »).
- 2 Loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics, entrée en vigueur le 1er janvier 2021 (LMP; RS 172.056.1).
- 3 Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019).
- 4 Cpr. Message du Conseil fédéral du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695 (cit. MESSAGE LMP), p. 1781 sur l'art. 25 al. 1 ; MICHÈLE REMUND, in : HANS RUDOLF TRÜEB (édit.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zurich / Bâle / Genève 2020 (cit. REMUND, Commentaire LMP), art. 25 n. 6 et références citées.
- 5 REMUND, Commentaire LMP, art. 25 n. 6; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zurich 2012 (cit. BEYELER, Geltungsanspruch), n. 2928.
- 6 Art. 2 let. b LMP/AIMP 2019.
- 7 Art. 2 let. d LMP/AIMP 2019.
- 8 Cpr. la décision incidente du Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt B-3238/2021 du 18 octobre 2021 consid. 5.4.3 ; REMUND, Commentaire LMP, art. 25 n. 7 et les réf. cit.
- 9 À ce titre toutefois, la formulation de l'art. 25 al. 1 LMP/AIMP, selon laquelle il convient, le cas échéant, de fixer les quantités envisagées, doit être interprétée en ce sens que les différentes *quantités partielles* acquises dans le cadre de contrats subséquents ne doivent pas nécessairement être fixées au préalable.
- 10 Cf. MESSAGE LMP, p. 1781 relative à l'art. 25 al. 2 ; décision incidente du Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt B-3238/2021 du 18 octobre 2021 consid. 5.4.5.
- 11 Décision incidente du Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt B-3238/2021 du 18 octobre 2021 consid. 5.4.5 ; CAROLE GEHRER CORDEY, Rahmenverträge, in: JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/MARTIN BEYELER/STEFAN SCHERLER, Marchés publics 2020, Zurich 2020, p. 351 ss, n. 22.
- 12 Décision incidente du Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt B-3238/2021 du 18 octobre 2021 consid. 5.4.3; MESSAGE LMP, p. 1781 relative à l'art. 25 al. 1 ; BEYELER, Geltungsanspruch, n. 2927 ; GEHRER CORDEY, op. cit., n. 34 ss.
- 13 Cf. art. 15 al. 4 LMP/AIMP 2019.
- 14 Cf. ég. art. 25 al. 2 LMP/AIMP 2019.
- 15 MESSAGE LMP, p. 1782.
- 16 MESSAGE LMP, p. 1783 relative à l'art. 25 al. 4.
- 17 Bien entendu, il est également envisageable qu'il y ait plusieurs entités du côté du pouvoir adjudicateur (cf. art. 5 LMP/AIMP). Comme il ne s'agit pas d'une particularité de l'institution du contrat-cadre, cette hypothèse ne sera pas abordée plus en détail.
- 18 MESSAGE LMP, p. 1783 relative à l'art. 25 al. 5.
- 19 REMUND, Commentaire LMP, art. 25 n. 16.
- 20 REMUND, Commentaire LMP, art. 25 n. 17.
- 21 En d'autres termes, dans les documents d'appel d'offres.
- 22 Décision incidente du Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt B-3238/2021 du 18 octobre 2021 consid. 5.5.3 ; MESSAGE LMP, p. 1781 relative à l'art. 25 al. 1 ; BEYELER, Geltungsanspruch, n. 2927 ; GEHRER CORDEY, op. cit., n. 34 ss.
- 23 GEHRER CORDEY, op. cit., n. 50 ss. ; BEYELER, Geltungsanspruch, n. 2930.
- 24 Dans le même sens : MESSAGE LMP, p. 1781; REMUND, Commentaire LMP, art. 25 n. 21; GEHRER CORDEY, op. cit., n. 29.

---

## Contact



**Thomas P. Müller**

Associé, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 04

thomas.p.mueller@walderwyss.com



**Hans Rudolf Trüb**

Associé, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 88

hansrudolf.trueb@walderwyss.com



**Ramona Wyss**

Associée, Zurich

Téléphone +41 58 658 52 44

ramona.wyss@walderwyss.com



**Martin Zobl**

Associé, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 35

martin.zobl@walderwyss.com



**Daniel Zimmerli**

Counsel, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 33

daniel.zimmerli@walderwyss.com



**Regula Fellner**

Managing Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 51 98

regula.fellner@walderwyss.com



**Hugh Reeves**

Managing Associate, Lausanne

Téléphone +41 58 658 52 73

hugh.reeves@walderwyss.com



**Isabelle Hanselmann**

Senior Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 56 07

isabelle.hanselmann@walderwyss.com



**Florian Roth**

Senior Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 79

florian.roth@walderwyss.com



**Lena Götzinger**

Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 56 63

lena.goetzinger@walderwyss.com



**Lucina Herzog**

Associate, Zürich

Téléphone +41 58 658 56 15

lucina.herzog@walderwyss.com



**Matthieu Seydoux**

Associate, Lausanne

Téléphone +41 58 658 83 58

matthieu.seydoux@walderwyss.com