

Wilhelm Gilliéron

AVOCATS



Auteur: Wilhelm Avocats | Le : 13 mars 2023

Marchés publics : le contrat-cadre, cet outil qui offre flexibilité et sécurité aux adjudicateurs

Le droit révisé des marchés publics aura apporté toute une série de nouveautés, dont le « contrat-cadre ».

Outre les mécanismes traditionnels de passation des marchés publics, il est désormais possible de déterminer uniquement les conditions d'acquisition sans pour autant définir exactement les prestations que le pouvoir adjudicateur souhaite acquérir.

Il s'agit de l'outil du « contrat-cadre », prévu par l'art. 25 LMP/AIMP.

Son utilisation était déjà largement répandue dans la pratique et admise par les tribunaux avant la révision du droit des marchés publics, mais elle est enfin formalisée dans cette nouvelle disposition.

Définition et utilisation du contrat-cadre :

Selon l'art. 25 al. 1 LMP/AIMP, 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.

Le texte légal rappelle également que de tels contrats-cadres ne doivent pas être conclus avec l'intention ou avec effet d'empêcher ou de supprimer la concurrence. En effet, il n'est évidemment pas admissible d'utiliser cet outil pour chercher à contourner le but même des marchés publics.

Concrètement, le contrat-cadre permet au pouvoir adjudicateur d'avoir la garantie des conditions financières à venir, pour l'acquisition de prestations ou fournitures dont le besoin exact n'est pas encore connu. Bien que le cahier des charges doit être clairement défini, le contrat-cadre n'impose toutefois **pas de quantité minimale** : cela signifie que même après l'adjudication d'un contrat-cadre, le pouvoir adjudicateur a toujours la possibilité d'acquiescer, ou non, les prestations en question.

Ces acquisitions se feront au moyen de **contrats subséquents**, conclus en référence et aux conditions du contrat-cadre. Aucun nouvel appel d'offres ne sera nécessaire lors de ces acquisitions, ce qui évite au pouvoir adjudicateur des procédures lourdes et chronophages et ce qui l'expose aussi à des modifications des conditions financières initialement proposées et adjudgées.

Procédure et valeur du marché :

Il est important de souligner que de tels contrats seront adjugés selon les **procédures de passation** classiques, à savoir en procédure ouverte ou sélective par exemple.

La **valeur du marché** sera définie en calculant la valeur totale des prestations qui pourraient ensuite être adjugées sur la base du contrat-cadre conclu.

Quant à la durée d'un tel contrat, elle est **fixée à maximum 5 ans**. Cela correspond aux principes énoncés de longue date en droit des marchés publics, destinés à calculer les prestations périodiques de manière à pouvoir chiffrer la valeur totale du marché. Cette durée maximale permet aussi de garantir une saine concurrence, avec un renouvellement des appels d'offres à l'échéance de ce délai.

Une durée plus longue est toutefois autorisée par l'art. 25 al. 3 LMP/AIMP (3^{ème} phrase), à titre exceptionnel et dans des cas dûment motivés. A titre d'exemple, les Messages d'adoption des textes législatifs indiquent « des marchés complexes ou des projets nécessitant des investissements initiaux considérables ».

En outre, afin de garantir le respect du principe de transparence, mais aussi pour garantir précisément cette saine concurrence, il convient de fixer des quantités maximales d'acquisition. Cela permettra d'identifier de manière claire la valeur du marché.

« Mini-tender » :

Dans une majorité de cas, le contrat-cadre est destiné à être conclu avec un seul soumissionnaire.

La loi permet toutefois aussi la conclusion de contrats-cadres avec plusieurs soumissionnaires à la fois. Cela signifie que pour un même cahier des charges, le pouvoir adjudicateur conclut un contrat-cadre séparé avec chaque soumissionnaire retenu. Ce cas se justifie particulièrement dans des domaines où les ressources, respectivement l'offre, sont limitées et que le pouvoir adjudicateur doit s'assurer de disposer à terme et dans des délais courts, des biens ou prestations concernées. La loi nous donne aussi l'exemple du cas où le pouvoir adjudicateur souhaite « éviter une dépendance vis-à-vis d'un seul fournisseur ».

Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit choisir entre deux manières de procéder : a) soit par un appel d'offres « classique », soit b) par une procédure de « mini-tender » prévue par l'art. 25 al. 5 LMP/AIMP.

La première possibilité consiste à écrire à tous les soumissionnaires retenus, avec lesquels des contrats-cadres ont été conclus, et leur demander leurs disponibilités pour fournir la prestation adjugée. Le contrat subséquent serait alors conclu avec le premier soumissionnaire disponible.

La seconde variante consiste à contacter tous les soumissionnaires, en les invitant toutefois à soumettre une nouvelle offre pour le contrat subséquent concerné. Ce contrat sera alors conclu avec le soumissionnaire qui présente la meilleure offre, fondée sur des critères d'adjudication « subséquents » (art. 25 al. 5 let. d LMP/AIMP). Cette procédure « d'appel d'offres dans l'appel d'offres » doit toutefois être menée avec une transparence accrue, en indiquant en particulier les critères d'adjudication subséquents déjà dans l'appel d'offres initial. La procédure exacte de cette adjudication subséquente doit également être décrite avec précision.

Des questions compliquées apparaissent toutefois lorsqu'un soumissionnaire souhaite attaquer la conclusion d'un contrat-cadre subséquent. La décision d'adjudication subséquente (individuelle ou à un soumissionnaire parmi d'autres) n'est en effet pas considérée comme une réelle décision au sens des marchés publics et ne serait pas susceptible de recours (art. 53 al. 6 LMP/AIMP). Les voies civiles resteraient alors réservées. Le contrat-cadre est donc un outil très intéressant pour le pouvoir adjudicateur qui est en mesure de sécuriser certaines conditions tarifaires et ainsi qu'un approvisionnement de ressources. Pour les soumissionnaires, il a l'avantage de se voir attribuer des marchés durant une période maximale de cinq ans, tout en ne déposant qu'une seule offre globale initiale pour le contrat-cadre. Reste néanmoins l'inconvénient de l'absence de quantités minimales, ce qui peut mener à ce qu'un soumissionnaire ne se voit finalement attribuer aucun contrat subséquent.

Source :
<https://www.wg-avocats.ch/actualites/marches-publics/marches-publics-contrat-cadre-flexibilite-et-securite-aux-adjudicateurs/>