

unter einem neuen Subkriterium des Preiskriteriums und mit entsprechend der Wahrscheinlichkeit reduzierter Gewichtung) gänzlich verzichten durfte. Ob das zu bejahen war, kann dem rapportierten Urteil nicht entnommen werden; aus diesem (E. 2.3.4.1 und E. 2.3.5) ergibt sich lediglich, dass das Alternativszenario schliesslich nicht eingetreten ist. Dies jedoch bedeutet nicht, dass die Wahrscheinlichkeit seiner

Verwirklichung zum Zuschlagszeitpunkt als überaus gering eingestuft werden musste. Zumindest zum Zeitpunkt ihrer Anfrage hielt die Vergabestelle es immerhin für so wahrscheinlich, dass sich in ihren Augen der Aufwand einer detaillierten Nachfrage (mit dem Ziel des Erhalts verbindlicher Ergänzungsofferten) rechtfertigte.

Demande de clarification et modification de l'offre

Dans cet arrêt, le TAF met en lumière le risque lié aux demandes de clarification effectuées par le pouvoir adjudicateur en présence d'une offre incomplète, dès lors que la réponse du soumissionnaire, lorsqu'elle confirme la réalisation des prestations mises en soumission au prix proposé, peut avoir pour conséquence de modifier l'offre de manière contraire au principe de l'intangibilité de l'offre.

In diesem Urteil weist das BVGer auf das Risiko hin, dass eine Vergabestelle auf sich nimmt, wenn sie sich mit Klärungsfragen an einen Anbieter wendet, der eine unvollständige Offerte eingereicht hat. Bestätigt der Anbieter in der Folge, die ausgeschriebene Leistung zum offerierten Preis ausführen zu wollen, kann das auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der Unabänderlichkeit der Angebote hinauslaufen.

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 16 janvier 2023 (B-2686/2022)

Milena Pirek, docteure en droit, chargée de cours à UniDistance et l'IEI, avocate, Genève

Les faits

(263) Cet arrêt concerne le recours intenté par un soumissionnaire évincé à l'encontre de la décision d'adjudication de l'Office fédéral des routes adjugeant à un consortium un marché de travaux de construction portant sur le contournement de la ville du Locle.

Dans le cadre de la procédure d'adjudication, le pouvoir adjudicateur a souhaité clarifier l'offre du consortium, sans toutefois considérer le prix de l'offre comme anormalement bas. Il a ainsi déposé quinze demandes de clarification et fait procéder à 38 analyses de prix, ces démarches ayant pour but de garantir la comparabilité des offres. Cette opération aurait selon lui permis d'écarter toutes les réserves émises par le consortium dans son offre et n'aurait entraîné aucune modification matérielle de celle-ci, dès lors que tous les prix mentionnés dans l'offre ont été confirmés, que les prestations proposées sont restées les mêmes, que les modalités d'exécution sont conformes au dossier d'appel d'offres et qu'il n'y a pas eu de transferts de prix unitaires vers d'autres positions à prix fixe.

Selon la recourante, l'offre du consortium était anormalement basse, ce qui permettait de douter du respect des exigences de l'appel d'offres et aurait dû conduire à son exclusion. Plus précisément, la fourniture des prestations requises

serait soumise à des conditions et réserves non prévues par le pouvoir adjudicateur et l'offre du consortium serait incomplète. Compte tenu du prix avantageux de l'offre, le pouvoir adjudicateur aurait néanmoins autorisé le consortium à modifier son offre afin qu'elle remplisse les exigences de l'appel d'offres. En effet, en confirmant, à la suite des demandes de clarification, pouvoir réaliser les prestations mises en soumission, le consortium aurait en réalité supprimé les réserves émises et inclus dans le prix offert des prestations qu'il avait initialement exclues de réaliser audit prix.

L'arrêt

Dans cet arrêt, le Tribunal administratif fédéral considère que les demandes de clarification du pouvoir adjudicateur n'ont pas eu pour but de garantir l'exécution du marché au prix proposé conformément à l'appel d'offres, dès lors que le pouvoir adjudicateur n'a pas invité le consortium à justifier ses prix comme il y aurait été tenu en présence d'une offre anormalement basse. La question de l'offre anormalement basse et de la violation de l'art. 38 al. 3 LMP est toutefois restée ouverte pour les raisons suivantes.

Le TAF rappelle que si des écarts par rapport aux exigences fixées dans le dossier d'appel d'offres peuvent être réparés dans le cadre de l'épuration technique des offres (art. 38 al. 2 LMP), cela ne doit toutefois pas entraîner de modifications du contenu matériel des offres s'agissant des presta-

tions prévues ou des prix offerts. À défaut, l'offre doit en principe être exclue (art. 44 al. 1 let. b LMP).

En l'espèce, les demandes de clarification du pouvoir adjudicateur ont porté sur des prestations initialement non conformes à l'appel d'offres. Selon le TAF, le faible montant de l'offre s'expliquait en raison notamment de l'absence de comptabilisation des prestations exigées dans le dossier d'appel d'offres (renvois de facturation vers d'autres articles, mauvaise compréhension de l'appel d'offres, erreur, prix de certaines prestations subordonnés à des conditions non prévues dans l'appel d'offres), ce qui a eu pour conséquence de modifier les documents d'appel d'offres. En particulier, le consortium a subordonné le prix offert à des conditions non prévues dans le dossier d'appel d'offres (p. ex. spécification du moyen de transport utilisé, pourcentage de matières sèches à évacuer, etc.). Le prix offert ne couvrait donc pas l'ensemble des prestations attendues, de sorte que l'offre soumise était incomplète et contraire aux règles sur la formation des prix.

Le pouvoir adjudicateur n'a toutefois pas considéré que les écarts par rapport au dossier d'appel d'offres justifiaient l'exclusion de l'offre et a remédié aux défauts. En demandant au consortium de confirmer le prix indiqué dans son offre tout en se conformant aux exigences de l'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur a en réalité demandé à ce dernier s'il acceptait de retirer les réserves et conditions grevant les prix proposés dans son offre, respectivement d'exécuter les prestations telles que prévues dans le dossier d'appel d'offres. En confirmant le prix offert en dépit de la suppression des conditions non prévues dans l'appel d'offres, le consortium a étendu, pour le même prix, son offre ainsi que les prestations offertes. Le consortium a ainsi accepté de prendre à sa charge des prestations qu'il n'avait pas offertes pour le prix soumissionné.

L'opération de clarification menée par le pouvoir adjudicateur a par conséquent entraîné une modification interdite du contenu matériel de l'offre. Partant, le risque économique supporté par le consortium a augmenté et avec lui, celui de ne pas pouvoir fournir les prestations demandées au prix proposé. Or, si en présence d'une offre anormalement basse, il existe des doutes quant à la capacité du soumissionnaire à

réaliser le marché, c'est a fortiori le cas lorsqu'il ressort d'une offre que des prestations d'un montant significatif seront réalisées gratuitement. Dans un tel contexte, le pouvoir adjudicateur doit faire preuve de diligence et s'assurer que le soumissionnaire est en mesure d'exécuter les prestations conformément au dossier d'appel d'offres, dans les règles de l'art et au prix offert.

Le commentaire

Cet arrêt met en lumière le risque très concret de modification d'une offre à la suite de demandes de clarification du pouvoir adjudicateur lorsque les demandes portent sur des prestations initialement non conformes à l'appel d'offres et qu'elles invitent le soumissionnaire à confirmer le prix soumissionné.

La recherche du prix le plus bas ne devrait pas conduire le pouvoir adjudicateur, au lieu d'exclure une offre incomplète, à inciter les soumissionnaires, par le biais de demandes de clarification, à inclure des prestations dans leur offre qui ne l'étaient pas sans modifier formellement le prix proposé.

À teneur de l'article 38 al. 2 LMP, l'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires de donner des explications sur leurs offres uniquement afin de procéder à une épuration technique des offres, à savoir une correction des offres en raison de manquements qu'elles contiennent. Il n'est en aucun cas question de modifier par ce biais les prestations offertes pour un certain prix. Une telle modification du contenu matériel des offres est en effet proscrite par le principe de l'intangibilité de l'offre. Les demandes de clarification ne doivent pas non plus conduire à un transfert de risques supplémentaires aux soumissionnaires.

Dans cet arrêt de référence, le TAF met ainsi un holà non seulement aux adjudicateurs qui pourraient parfois aller trop loin dans le transfert des risques économiques, mais également aux soumissionnaires qui, contraints par ce transfert, seraient alors tentés de recourir à des astuces ayant pour effet de modifier leur offre sans modification du prix, cela de manière contraire au droit des marchés publics.