

Seule la version originale, en allemand, fait foi sur un plan juridique

Bref avis concernant le Microsoft Enterprise Agreement

Date: Berne/Winterthour,
le 5 juin 2024

Sur mandat de: **Educa** Er-
lachstrasse 21
CH-3003 Berne

De: **M^e Wolfgang Straub**
Krneta Advokatur Notariat
Münzgraben 6 /
Case postale
CH-3001 Berne

M^e Julia Bhend
Probst Partner AG
Bahnhofplatz 18
CH-401 Winterthour

Table des matières

A.	À l'attention des lectrices et lecteurs de l'administration scolaire ou de la pratique scolaire	3
B.	Fondements et questions	5
1.	Fondement.....	5
2.	Questions.....	6
3.	Délimitations	7
4.	Remarque préliminaire sur le droit des marchés publics applicable.....	8
C.	Analyse	9
1.	Obligation de mise au concours et principes du droit des marchés publics dans le cadre de l'acquisition de licences et de services	9
1.1	Champ d'application subjectif et objectif du droit des marchés publics	10
1.2	Objectifs et règles de procédure.....	11
2.	Conditions préalables de l'adjudication de gré à gré de licences et de services	12
2.1	Adjudication de gré à gré sous la valeur seuil pour une procédure sur invitation.....	12
2.2	Adjudication de gré à gré au-dessus de la valeur seuil pour une procédure sur invitation	13
2.3	Obligation de documentation et charge de la preuve.....	18
3.	Acquisitions spécifiques à des produits / concurrence intramarque	19
3.1	Prescriptions générales relatives aux produits et aux fabricants.....	19
3.2	Prescriptions relatives aux produits et aux fabricants dans la procédure sur invitation	20
4.	Importance des contrats-cadre dans le droit des marchés publics.....	21
4.1	Nature juridique.....	21
4.2	Le contrat-cadre comme élément de différents types de procédures	22
4.3	Adjudications conjointes et adhésion ultérieure des acquéreurs de prestations	23
4.4	Volume et quantité de référence	24
4.5	Durée des prestations	25
4.6	Protection juridique	26
5.	Formes possibles d'acquisitions groupées	27
6.	Achat de licences et de services en vertu du MS EA.....	27
D.	Résultats/réponses aux questions	29
E	Bibliographie et liste des abréviations	31
1.	Bibliographie et supports.....	31
2.	Liste des abréviations.....	33

A. À l'attention des lectrices et lecteurs de l'administration scolaire ou de la pratique scolaire

Le présent avis porte sur la question de savoir si l'acquisition de **services informatiques standardisés** (en particulier postes de travail numériques) à **des conditions prédéfinies** est régie par le droit des marchés publics et doit éventuellement faire l'objet d'un appel d'offres public.

Les **contrats-cadre entre Microsoft et Educa qui ne font pas l'objet d'un appel d'offres public ne constituent pas une base selon le droit des marchés publics** pour l'acquisition des prestations correspondantes. Les différents établissements éducatifs ou leurs organismes responsables (par ex. cantons, communes) sont tenus de respecter les exigences du droit des marchés publics auquel ils sont soumis aux fins de l'acquisition de prestations correspondantes en vertu de ces contrats-cadre. Ces exigences peuvent être résumées comme suit:

- Les **objectifs et les principes du droit des marchés publics** (notamment égalité de traitement, concurrence effective, durabilité) doivent être pris en considération lors de toute acquisition relevant du champ d'application de l'AIMP 2019, y compris lorsque, compte tenu du faible montant du mandat, une acquisition peut être réalisée sans appel d'offres public dans le cadre d'une procédure sur invitation ou directement (de gré à gré) auprès d'un prestataire.
- **Les mandats permanents** doivent être **extrapolés sur 48 mois**. La question de savoir si une acquisition concrète sera objectivement concernée par le droit des marchés publics et si les valeurs seuils mentionnées ci-après seront atteintes doit toujours être tranchée au cas par cas et sur le fondement d'une estimation attentive du mandat.
- Une **procédure d'adjudication formalisée** doit donc être organisée si la valeur totale estimative du mandat atteint les **valeurs seuils** pertinentes. Selon l'AIMP 2019, ce seuil est fixé à CHF 150'000 pour les livraisons et les services. À partir de cette valeur, une **procédure sur invitation** doit être organisée et soumise à une **concurrence intramarque** (par ex. obtention d'au moins trois offres), puisque des fonds publics seront en jeu. Même si les conditions préalables à une acquisition spécifique à des produits sont satisfaites, au moins **trois revendeurs** des produits en question doivent être impliqués. Si la valeur du mandat est supérieure ou égale à CHF 250'000, le mandat doit faire l'objet d'un appel d'offres public (**procédure ouverte ou sélective**). Dans ce contexte, des **alternatives** aux logiciels/services concernés de Microsoft doivent aussi être autorisées dès lors que les conditions préalables particulières d'une mise

en adjudication spécifique à des produits ne sont pas satisfaites (voir notamment le chap. 3 à ce sujet).

- Dans le cadre des postes de travail numériques, il s'agit de prestations très standardisées. C'est la raison pour laquelle le droit des marchés publics n'admet des acquisitions supérieures aux valeurs seuils sans appel d'offres public que dans des situations exceptionnelles.

B. Fondement et questions

1. Fondement

1 Educa a conclu avec Microsoft un contrat-cadre pour des institutions éducatives de droit public. L'actuel contrat-cadre a déjà été prolongé d'un an et arrivera à expiration le 31 juillet 2024. On ne sait pas clairement à ce jour si une nouvelle prolongation sera possible. Des négociations sont en cours autour d'un nouveau contrat-cadre avec Microsoft (Microsoft Enterprise Agreement, ci-après le «**MS EA**»).

2 Le MS EA constitue un **cadre selon le droit des marchés publics** pour l'acquisition de licences/services Microsoft par des écoles (ou par les organismes responsables des différentes écoles) et les directions de l'éducation (ci-après les «établissements éducatifs»). En particulier, il règle les conditions de licence et comprend des dispositions-cadre selon le droit de la protection des données (notamment Data Processing Agreement ou contrat de sous-traitance pour le traitement des données), qui s'appliquent aux licences et services de Microsoft achetés en vertu du MS EA. Les licences portent essentiellement sur des licences logicielles ou des services de Microsoft pour un poste de travail basé sur le cloud, tels que Microsoft 365. Les conditions précises du nouveau MS EA ne sont pas encore connues.

3 Les **différents établissements éducatifs peuvent adhérer au MS EA en tant que cocontractants** et commander des prestations dans ce cadre. Le MS EA d'Educa et d'éventuels MS EA parallèles des établissements éducatifs sont indépendamment les uns des autres. Educa ne passera aucune commande au nom d'établissements éducatifs en vertu du MS EA.

4 Une éventuelle acquisition de licences et de services en vertu du MS EA doit intervenir auprès d'un revendeur agréé par Microsoft à cet effet («**revendeur**»). Aucune acquisition directe auprès de Microsoft n'est prévue, même s'il en résulte un rapport contractuel direct de licence/service avec Microsoft. Il est probable qu'une acquisition ne soit possible que par l'intermédiaire d'un petit nombre de Licensing Solution Partners («**LSP**»)¹.

5 En nous appuyant sur les retours d'Educa, nous partons du principe que tous les établissements éducatifs qui, selon les conditions du MS EA, peuvent acheter des

¹ Voir <https://learn.microsoft.com/fr-ch/licensing/licensing-solution-partners-support> (dernière consultation le 03.06.2024).

prestations en vertu de celui-ci sont soumis au **droit cantonal des marchés publics** ou à l'AIMP 2019. Si des établissements éducatifs de la Confédération satisfont aussi aux conditions du MS EA, ils seraient soumis aux dispositions de la LMP 2019.² Puisque les dispositions de la LMP 2019 et de l'AIMP 2019, à quelques exceptions³ près sont largement harmonisées, les déclarations figurant dans le présent bref avis pourraient être transposées par analogie aux établissements éducatifs qui sont soumis à la LMP 2019. Dans la mesure où les différences entre l'AIMP 2019 et la LMP 2019 ne concernent pas les points abordés ci-après, nous avons aussi tenu compte de la littérature et de la jurisprudence en lien avec le droit des marchés publics de la Confédération.

2. Questions

6 Dans le cadre du présent bref avis, nous devons répondre aux **questions** suivantes concernant le MS EA:

1. *Quels aspects du droit des marchés publics doivent être pris en compte par les écoles (ou leurs organismes responsables) et les directions de l'éducation afin de pouvoir acheter des licences Microsoft conformes au droit des marchés publics sur la base d'un nouveau MS EA?*
2. *Si les valeurs seuils du droit des marchés publics ne sont pas dépassées: dans quelles conditions les écoles (ou leurs organismes responsables) et les directions cantonales de l'éducation peuvent-elles acheter directement des licences/services en vertu du MS EA? Comment doivent-elles procéder à cet égard?*
3. *Si les valeurs seuils du droit des marchés publics sont dépassées: dans quelles conditions les écoles (ou leurs organismes responsables) et les directions d'écoles cantonales peuvent-elles acheter directement des licences/services en vertu du MS EA? Comment doivent-elles procéder à cet égard?*

² Le droit fédéral pourrait tout au plus s'appliquer si une institution éducative était une mandante de l'administration fédérale centralisée ou décentralisée selon l'art. 4, al. 1, let. a, LMP 2019 en relation avec l'art. 2 LOGA.

³ En particulier, l'AIMP 2019 confère une protection juridique «primaire» en cas d'acquisitions, y compris en dehors du champ d'accords internationaux. Une protection juridique «primaire» signifie qu'il est possible, au moyen d'un recours, de demander l'effet suspensif ainsi que l'annulation ou la modification de la décision attaquée et que la partie recourante a ainsi une chance de remporter le marché si elle obtient gain de cause. En l'absence de protection juridique «primaire», la protection juridique s'éteint si la partie obtient gain de cause dès lors qu'il est constaté que la décision attaquée est contraire au droit fédéral et que des dommages-intérêts sont octroyés (art. 52, al. 2 et art. 58, al. 3 et 4, LMP 2019).

4. *Comment les montants de l'adjudication (valeurs des marchés) doivent-ils être calculés pour des acquisitions concrètes de certaines écoles et directions cantonales de l'éducation par rapport aux valeurs seuils (en particulier quand plusieurs écoles d'un même organisme achètent des licences et des services)?*

7 Sur le fondement de l'analyse relevant du droit des marchés publics des possibilités d'acquisition en vertu du MS EA, des consignes d'action conformes au droit des marchés publics doivent aussi être données ci-après à l'attention des organes des établissements éducatifs qui effectuent les acquisitions.

3. Délimitations

8 Le présent bref avis se limite aux aspects du droit des marchés publics. **Les aspects du droit de la concurrence, du droit de la protection des données et du droit des contrats ne sont pas abordés dans le présent bref avis.**

9 Le présent bref avis vise à analyser en détail les problématiques selon le droit des marchés publics. **Toutefois, aucune déclaration ne peut être faite ni aucune recommandation formulée sur la question de savoir si les conditions préalables concrètes sont satisfaites pour une adjudication de gré à gré en lien avec l'acquisition de licences et de services Microsoft** d'une école donnée ou d'un organisme responsable donné.

10 La Suisse dispose d'une très grande **diversité d'établissements éducatifs** avec des organismes responsables publics (par ex. cantons, communes) et privés. Le bref avis se concentre uniquement sur les organismes responsables publics aux niveaux cantonal et communal.⁴ Nous n'analysons pas les conditions dans lesquelles les écoles ou les organismes responsables privés (par ex. par le financement d'acquisitions concrètes ou encore de tout ou partie des domaines de responsabilité d'une école par les pouvoirs publics) sont soumis aux règles du droit des marchés publics.

⁴ Voir aussi pt 5 à ce sujet.

11 Le présent bref avis doit certes montrer aux établissements éducatifs dans quelles circonstances ils peuvent se procurer des licences ou des services en vertu du MS EA, mais il ne peut **en aucun cas fournir un guide sur la façon dont les cantons et les communes eux-mêmes devraient éventuellement concevoir des appels d'offres OMC⁵ pour l'acquisition de licences ou de services**. Cela dépend notamment du besoin concret des différents établissements éducatifs ainsi que de savoir si les produits et services de Microsoft en question pourraient être remplacés par d'autres et devraient donc être achetés dans le cadre d'un appel d'offres fonctionnel ou si, le cas échéant, une concurrence intramarque pourrait être organisée entre les LSP.

4. Remarque préliminaire sur le droit des marchés publics applicable

12 Les acquisitions d'autorités et d'organisations cantonales et communales sont soumises au **droit cantonal des marchés publics** concerné. Ces règles cantonales s'appuient sur l'Accord intercantonal du 15 mars 2001 sur les marchés publics («AIMP 2001») ou sur l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics («AIMP 2019»). L'AIMP 2019 s'applique désormais dans de nombreux cantons. Dans les autres (à l'exception du Tessin), des travaux sont en cours concernant l'adhésion à l'AIMP 2019. Lorsque l'AIMP 2019 n'est pas en vigueur, l'AIMP 2001 reste applicable. Le canton de Berne fait exception: il n'a pas adhéré à l'AIMP 2019, mais l'applique dans le cadre du droit cantonal.⁶

13 Avec l'AIMP 2019, le droit des marchés publics a été largement harmonisé aux niveaux des cantons et de la Confédération.⁷ S'agissant des questions qui nous intéressent en l'espèce, il y a cependant peu de différences entre l'AIMP 2001 et l'AIMP 2019. **Sauf indication contraire, les explications du présent bref avis sont fournies sur le fondement des dispositions de l'AIMP 2019.**

⁵ Les marchés de fournitures et de services dont le montant est supérieur ou égal à la valeur seuil de CHF 350'000 doivent faire l'objet d'un appel d'offres public conformément aux prescriptions de l'accord OMC. Voir à ce sujet pt 20 et <https://www.bbl.admin.ch/bbl/fr/home/logistik/beschaffungswesen/wto-ausschreibungen.html> (dernière consultation le 03.06.2024).

⁶ Cf. vue d'ensemble des adhésions à l'AIMP 2019 (état au 01.04.2024) sur <https://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019> (dernière consultation le 05.04.2024).

⁷ Voir aussi pt 5 à ce sujet.

C. Analyse

1. Obligation de mise au concours et principes du droit des marchés publics dans le cadre de l'acquisition de licences et de services

1.1 Champ d'application subjectif et objectif du droit des marchés publics

14 L'acquisition de licences et de services informatiques y afférents, par ex. Software as a Service (SaaS), introduction, formation, maintenance et support logiciel, constitue un **marché public** au sens de l'art. 8, al. 1, AIMP 2019 qui est régi par le droit des marchés publics.

15 Les marchés publics sont répartis en marchés de travaux, de fournitures et de services. L'octroi de droits d'usage et de jouissance (par ex. sous forme de licences) constitue un **marché de fournitures** au sens de l'art. 8, al. 2, let. b, AIMP.⁸ Les marchés qui se composent de différentes prestations (par ex. services et concession de licence) sont rattachés au type de prestation qui prédomine sur le plan financier (art. 8, al. 3, AIMP 2019).

16 «Software as a Service» et les services cloud similaires qui sont par ex. mis à disposition en lien avec M365 devraient plutôt s'apparenter à des **services**. Mais ceux-ci doivent aussi être qualifiés de marchés publics selon l'art. 8, al. 1, AIMP 2019 et sont soumis aux mêmes valeurs seuils que les licences (voir aussi pt 19 à ce sujet).

17 Un établissement éducatif est tenu de procéder à une mise au concours pour des marchés publics dès lors qu'il est **soumis au droit des marchés publics en qualité de mandant** («champ d'application subjectif») et que le mandat concret relève du champ d'application du droit des marchés publics («champ d'application objectif»)⁹.

18 Sont soumis au droit des marchés publics en qualité de mandants les pouvoirs publics ainsi que les unités administratives centrales et décentralisées, y compris les collectivités de droit public (art. 4, al. 1, AIMP 2019). **Les établissements éducatifs portés par les cantons et les communes relèvent de ce champ d'application subjectif.**¹⁰

⁸ MÜLLER, art. 8 no 52 et 54.

⁹ Cf. aussi KOCH, p. 7 s., à ce sujet.

¹⁰ Des exceptions sont envisageables pour des écoles purement privées, sans lien avec l'État, qui ne sont pas des collectivités de droit public au sens de l'art. 4, al. 1, AIMP 2019 et qui ne remplissent pas de mandat de service public ou dont plus de la moitié des coûts globaux sont subventionnés (art. 4, al. 4, AIMP 2019).

- 19 Le type de procédure selon lequel un marché public doit être mis au concours dépend de la valeur du marché. Pour les marchés de fournitures et de services de mandantes cantonales et communales, les **valeurs seuils** suivantes sont déterminantes pour le choix du type de procédure en 2024:

Valeur du marché en CHF (hors TVA)	Type de procédure
< 150'000 ¹¹	Procédure de gré à gré
< 250'000	Procédure sur invitation
≥ 250'000	Procédure ouverte/sélective
≥ 350'000	Dans le champ des accords internationaux: procédure OMC ouverte/sélective (cf. pt 20 à ce sujet)

- 20 L'AIMP distingue les acquisitions qui relèvent du **champ des accords internationaux** et celles qui n'en relèvent pas. Le champ des accords internationaux concerne toutes les acquisitions qui sont soumises à l'AMP 2012 ou à l'AbMP. Il s'agit en particulier des acquisitions d'établissements éducatifs qui sont des mandants selon l'art.4, al. 1 AIMP 2019¹², et qui comprennent des services sur la liste en annexe I et en annexe 5 de l'AMP 2021 (par ex. services de traitement de données) ou des fournitures (par ex. licences). Si de telles acquisitions excèdent une valeur de CHF 350'000, un appel d'offres public doit être organisé selon les prescriptions de l'accord OMC.
- 21 La distinction selon qu'une acquisition relève ou non du **champ des accords internationaux** a notamment des conséquences les délais minimum à respecter, le droit de participation de prestataires étrangers, les valeurs seuils applicables et les types de procédures, la recevabilité de places de formation comme critère d'adjudication, tant au niveau de la Confédération que de la protection juridique.¹³
- 22 La valeur totale des prestations à acquérir sur toute la durée du contrat (options comprises) est déterminante pour le **calcul de la valeur du marché** (art. 15, al. 3, AIMP 2019). La valeur des marchés permanents, quant à elle, est calculée à l'aide de la valeur totale estimée pour la durée du contrat. Pour les contrats de durée indéterminée, la valeur du marché est calculée à l'aide des taux annuels multipliés par quatre (art. 15, al. 5, AIMP 2019).

¹¹ Pour les cantons dans lesquels s'applique l'AIMP 2001, la valeur seuil pour les mandats de fournitures est de CHF 100'000 en 2024.

¹² Voir pt 18 à ce sujet.

¹³ Au niveau de la Confédération, il n'existe aucune protection juridique «primaire» en dehors du champ des accords internationaux, cf. pt 5 et nbp 3.

23 Pour les **prestations requises de manière récurrente**, la valeur du marché est calculée à l'aide des prestations adjudgées pendant les douze derniers mois. Si aucune prestation correspondante n'a encore été adjudgée, l'estimation des besoins au cours des douze prochains mois est déterminante (art. 15, al. 6, AIMP 2019). Cette disposition est adaptée aux situations dans lesquelles une mandante conclut toujours de petits contrats de même nature, tels que la fourniture de matériel consommable ou de pièces de rechange ou l'achat de licences individuelles supplémentaires. À cet égard, il convient de tenir compte de l'interdiction de subdiviser un marché public (art. 15, al. 2, AIMP 2019 et art. II, ch. 6, let. a, AMP 2012; cf. pt 78 à ce sujet).¹⁴

1.2 Objectifs et règles de procédure

24 Selon l'art. 2 AIMP 2019, les **objectifs de l'AIMP** sont les suivants:

- a. une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables;
- b. la transparence de la procédure d'adjudication;
- c. l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires;
- d. la promotion d'une concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires.

25 L'article consacré au but contient des **principes programmatiques** (a et d) et des normes directement applicables pouvant donner lieu à une décision de justice (b et c). Tous les principes aident à l'interprétation dans le cadre de l'application des dispositions légales.¹⁵ L'**ordre d'énumération des buts** n'est pas important. Tous revêtent la même importance.¹⁶

26 L'art. 11 AIMP 2019 contient les **principes généraux régissant la procédure** qui doivent être pris en compte par les mandantes dans toutes les phases de passation de marchés publics et qui sont au service d'objectifs fondamentaux.¹⁷ Font partie des principes régissant la procédure:

- a. Transparence, objectivité et impartialité
- b. Prévention des conflits d'intérêts, des accords affectant la concurrence et de la corruption

¹⁴ Voir à ce sujet en particulier FISCHER, art. 15 n. 24; DIEBOLD/DIEM, pt 149 ss.

¹⁵ TRÜEB, art. 2 n. 11 et 42 ss.

¹⁶ MESSAGE-TYPE SUR L'AIMP 2019, p. 24.

¹⁷ MESSAGE-TYPE SUR L'AIMP 2019, p. 41.

- c. Égalité de traitement des soumissionnaires
- d. Renonciation à toutes négociations portant sur les prix¹⁸
- e. Confidentialité

27 Là encore, l'**ordre d'énumération n'est pas un ordre de priorité**. Tous les principes sont équivalents les uns aux autres. Les conflits doivent être résolus par une pesée des intérêts.¹⁹

28 Ces principes doivent être pris en compte pour toutes les acquisitions relevant du champ d'application de l'**AIMP 2019**, y compris lorsque, du fait de la faible valeur du marché, une acquisition peut être réalisée directement auprès d'un prestataire (de gré à gré) sans appel d'offres public et sans procédure sur invitation (cf. pt 30 ss à ce sujet).²⁰ Les principes s'appliquent également en cas de conclusion d'un contrat-cadre et pour l'obtention individuelle de prestations en vertu d'un contrat-cadre.²¹

2. Conditions préalables de l'adjudication de gré à gré de licences et de services

2.1 Adjudication de gré à gré sous la valeur seuil pour une procédure sur invitation

29 En-dessous de la valeur seuil pour la réalisation d'une procédure sur invitation, des marchés publics peuvent être adjugés **directement sans appel d'offres («de gré à gré»)**.

30 Les principes régissant la procédure visés à l'**art. 11 AIMP 2019 s'appliquent aussi aux adjudications de gré à gré**, mais sous une forme assouplie.²² Ainsi, des adaptations tarifaires sont possibles lors de négociations d'une offre dans la procédure de gré à gré (art. 21, al. 1, AIMP 2019). Les mandants peuvent se procurer des offres à des fins de comparaison et mener des négociations (art. 21, al. 1, AIMP 2019).²³ L'interdiction des négociations portant sur les prix ne s'applique donc

¹⁸ Les «négociations portant sur les prix» sont des négociations qui ont pour seul objectif de faire baisser le prix d'une offre (MESSAGE-TYPE SUR L'AIMP 2019, p. 43).

¹⁹ MESSAGE-TYPE SUR L'AIMP 2019, p. 41.

²⁰ MESSAGE-TYPE SUR L'AIMP 2019, p. 53; voir à ce sujet, parmi beaucoup d'autres, DIEBOLD/DIEM, pt 5 ss.

²¹ MESSAGE-TYPE SUR L'AIMP 2019, p. 62 et 64.

²² MESSAGE-TYPE SUR L'AIMP 2019, p. 55.

²³ MESSAGE-TYPE SUR L'AIMP 2019, p. 43.

pas dans la procédure de gré à gré. Toutefois, lors d'adjudications de gré à gré, le principe de la transparence impose que les soumissionnaires n'aient pas l'impression qu'il s'agit d'une procédure sur invitation.²⁴

2.2 Adjudication de gré à gré au-dessus de la valeur seuil pour une procédure sur invitation

2.2.1 Exceptions

31 Si la valeur seuil pour l'organisation d'une procédure sur invitation est dépassée, une **adjudication de gré à gré n'est possible que dans les cas prévus à l'art. 21, al. 2, AIMP 2019**. Ces dérogations énumérées de façon exhaustive constituent un *numerus clausus*, peu importe la valeur probante d'autres justifications possibles d'adjudications de gré à gré.²⁵

32 En cas d'acquisition de licences / services informatiques portant sur des **produits déjà utilisés par le pouvoir adjudicateur** (par ex. prolongation de licences ou achat d'un certain nombre de licences supplémentaires pour d'autres utilisateurs), une adjudication de gré à gré sur le fondement de l'art. 21, al. 2, let. c ou e, AIMP 2019 est privilégiée.

2.2.2 Adjudication de gré à gré pour des raisons techniques ou relevant du droit de la propriété immatérielle selon l'art. 21, al. 2, let. c, AIMP 2019

33 Selon l'art. 21, al. 2, let. c, AIMP 2019, une adjudication de gré à gré est possible si les **conditions** suivantes sont remplies:

«un seul soumissionnaire entre en considération en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant de la protection de la propriété intellectuelle, et il n'existe pas de solution de rechange adéquate.»

34 L'application de ce critère requiert que deux **conditions** soient satisfaites de manière **cumulative**:

(1) Position unique et

(2) Absence de solution de rechange adéquate

²⁴ AESCHBACHER/KREBS, art. 21 n. 5 e.a.r.

²⁵ TAF, arrêt du 9 mai 2022, B-3580/2021, consid. 2.1.

a) **Position unique**

35 Il faut pouvoir démontrer que, **pour des raisons techniques, artistiques ou de protection de la propriété intellectuelle, un seul soumissionnaire** est en mesure de fournir la prestation souhaitée.

36 Dans le cadre de l'acquisition de **licences, de services de maintenance et de prestations de support** pour des logiciels propriétaires, ainsi que de la prolongation ou des compléments de SaaS, cette condition est satisfaite lorsque seul le fabricant du logiciel peut fournir les prestations souhaitées pour des raisons tenant aux droits d'auteur et si aucun autre soumissionnaire ne dispose des droits de licence, de distribution ou de traitement nécessaires à cet effet.²⁶ Dès lors que des tiers (par ex. revendeurs) pourraient aussi fournir les prestations, la condition n'est pas satisfaite, et l'adjudication de gré à gré n'est pas recevable.

37 S'agissant de produits Microsoft, si une **concurrence** entre revendeurs ou «**intramarque**» est possible et si des licences et des services Microsoft peuvent être achetés via différents canaux et auprès de différents prestataires, aucun motif selon le droit de la protection de la propriété intellectuelle ne peut justifier une adjudication de gré à gré. Voir pt 57 ss ci-après sur la concurrence intramarque.

38 Outre les motifs tenant à la protection de la propriété intellectuelle, des **raisons techniques** peuvent aussi justifier une position unique dans le cas de SaaS et de prestations de maintenance logicielle. Les raisons techniques au sens de cette disposition comprennent aussi des motifs juridiques, tels que des droits d'exclusivité. Dans ce contexte, on parle aussi de «monopole de fait».²⁷ Ainsi, le fabricant de logiciels propriétaires occupe généralement une position unique sur le plan technique, puisqu'il est le seul à disposer du savoir-faire et du code source nécessaires pour les prestations de maintenance.²⁸ En outre, des raisons techniques peuvent aussi exister lorsque des pannes ou des problèmes de compatibilité avec d'autres produits/services surviennent dans le cadre de l'utilisation de produits/services d'autres prestataires.²⁹

²⁶ FRÖHLICH-BLEULER, pt 13 et 51 ss.

²⁷ JAQUIER, p. 15 e.a.r.

²⁸ TA Zurich, arrêt du 11 août 2016, VB.2015.00780, consid. 4.1; FRÖHLICH-BLEULER, pt 55 s.

²⁹ FRÖHLICH-BLEULER, pt 56.

b) Absence de solution de rechange adéquate (équivalente sur le plan fonctionnel)

39 La deuxième condition est qu'il faut pouvoir démontrer qu'il n'existe pas de **solution de rechange adéquate à l'acquisition de gré à gré** qui permette de couvrir les besoins d'acquisition du pouvoir adjudicateur.³⁰ S'il existe des alternatives fonctionnelles équivalentes, une adjudication de gré à gré n'est justifiée que si l'acquisition de la solution de rechange (par ex. l'introduction d'un autre produit) s'accompagnerait de risques ou de difficultés disproportionnés en termes d'exploitation, techniques ou juridiques (par ex. perte ou incompatibilité de données ou interruption de service inacceptable d'un système critique) ou entraînerait un surcoût disproportionné (par ex. pour la garantie de l'exploitation, la modification des processus d'exploitation, la formation du personnel, etc.).³¹

40 La question de savoir s'il existe en l'espèce une solution de rechange adéquate aux produits et services Microsoft concernés dépend en particulier du **besoin concret des différents établissements éducatifs** ainsi que de la faisabilité d'un appel d'offres fonctionnel, dans le cadre duquel seraient inclus des services correspondants pour des produits libres (Open Source)³² et d'autres produits et services propriétaires.

41 Selon la jurisprudence, un pouvoir adjudicateur qui continue d'utiliser un produit existant et souhaite acquérir des nouveautés/compléments correspondants ne doit pas mettre au concours l'utilisation complète et l'échange du produit si des raisons techniques ou juridiques s'y opposent et si le remplacement total serait **disproportionné**.³³

³⁰ ATF 137 II 313, consid. 3.6.1.

³¹ ATF 137 II 313, consid. 3.3 et 3.6.1; TF, 2C_134/2013, consid. 2.8.2; TA Saint-Gall, arrêt du 7 avril 2017, B 2016/118, consid. 2.4 et 2.5; TA Grisons, arrêt du 26 avril 2017, U 16 80, consid. 3b et 3c; TA Saint-Gall, arrêt du 7 avril 2017, B 2016/118, consid. 2.4 et 2.5; TA Zurich, arrêt du 11 août 2016, VB.2015.00780, consid. 3.1, TA Zurich, arrêt du 29 juillet 2014, VB.2014.00215, consid. 2.2; FRÖHLICH-BLEULER, pt 59; WOLF, pt 24.

³² Au premier abord, on peut se demander si le fait qu'il s'agisse de logiciels libres est pertinent dans le cadre d'appels d'offres publics. Tandis que le logiciel libre peut en principe être utilisé gratuitement, des «distributions» avec des paquets contenant de nombreux composants logiciels compatibles ainsi que des prestations complémentaires (hébergement, exploitation, maintenance, support, etc.) peuvent être payantes, et c'est la raison pour laquelle des prestations correspondantes peuvent aussi être proposées.

³³ Voir en détail à ce sujet arrêt «Microsoft» du TAF du 6 juillet 2010, B-3402/2009, consid. 3.2.8, 4.3 et 4.5 et ATF 137 II 313, consid. 3.3; TF, 2C_134/2013, consid. 2.8.2; TA Grisons, arrêt du 26 avril 2017, U 16 80, consid. 3b et 3c; TA Saint-Gall, arrêt du 7 avril 2017, B 2016/118, consid. 2.4 et 2.5; TA Zurich, arrêt du 11 août 2016, VB.2015.00780, consid. 3.1.; TA Zurich, arrêt du 29 juillet 2014, VB.2014.00215, consid. 2.2.

c) Acquisition de base conforme au droit

42 Certaines décisions de justice et certains éléments de littérature réclament, pour une application des dérogations de l'art. 21, al. 2, let. c, AIMP 2019 aux acquisitions dans lesquelles la **compatibilité avec un achat antérieur** est invoquée pour justifier l'adjudication de gré à gré, en plus de la position unique et de l'absence de solution de rechange adéquate, que l'adjudication des prestations d'origine soit intervenue dans une procédure conforme au droit ou dans une procédure correspondant à la valeur déterminante du marché.³⁴

43 La question de savoir dans quelle mesure une **«faute personnelle»** du pouvoir adjudicateur ayant entraîné l'adjudication de gré à gré (par ex. non-garantie des droits pour de futurs développements, non-intégration d'options pour de futures acquisitions complémentaires) doit exclure la recevabilité d'une adjudication de gré à gré est controversée.³⁵

44 Si un établissement éducatif envisage une acquisition de gré à gré sur le fondement de l'art. 21, al. 2, let. c, AIMP 2019, il devrait tenir compte de ces aspects lors de ses clarifications.

2.2.3 Adjudication de gré à gré d'acquisitions ultérieures selon l'art. 21, al. 2, let. e, AIMP 2019

45 Selon l'art. 21, al. 2, let. e, AIMP 2109, un marché peut être adjudgé à un soumissionnaire existant si les conditions suivantes sont remplies:

«un changement de soumissionnaire pour des prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies n'est pas possible pour des raisons économiques ou techniques ou entraînerait des difficultés importantes ou une augmentation substantielle des coûts».

L'application de ce critère requiert que trois **conditions** soient satisfaites de manière **cumulative**:

³⁴ TAF, arrêt du 9 mai 2022, B-3580/2021, consid. 2.7 (les références mentionnées dans ce consid. concernent cependant des adjudications de gré à gré selon l'art. 21, al. 2, let. e, LMP 2019 ou les dispositions antérieures correspondantes à l'art. 13, al. 1, let. f, aOMP et non des adjudications selon l'art. 21, al. 2, let. c, LMP ou AIMP 2019); tribunal cantonal du canton de Vaud, décision du 6 novembre 2009, GE.2007.0013, consid. 5; TA Saint-Gall, décision du 7 avril 2017, B 2016/118, consid. 2.3.5; TA Zurich, arrêt du 2 mai 2023, VB.2023.00038, consid. 5.3.

³⁵ Cf. SCHERLER, p. 38 ss e.a.r.

(1) il s'agit d'une **acquisition ultérieure à une acquisition de base conforme au droit des marchés publics**;

(2) la valeur du marché ultérieur ou de tous les marchés ultérieurs ne doit **pas être supérieure à la valeur du mandat de base**; et

(3) **un changement de soumissionnaire aurait des inconvénients majeurs.**

a) Acquisition de base / valeur de l'acquisition ultérieure

46 Cette dérogation concerne des **prestations destinées à remplacer, à compléter ou à étendre un mandat de base déjà accompli**. Le mandat de base doit avoir été adjudgé au même soumissionnaire que la mandante a envisagé pour l'acquisition ultérieure de gré à gré.³⁶

47 Dans une telle situation, le **mandat de base** doit avoir été **adjudgé de manière conforme au droit des marchés publics** – et ce, au moins dans le cadre d'une procédure de type similaire ou de niveau plus élevé que celle requise compte tenu de la valeur du marché ultérieur. La **valeur du marché ultérieur (ou de tous les marchés ultérieurs) ne doit pas être supérieure à la valeur du mandat de base**.³⁷

48 Le texte de l'**AMP 1994** contenait une note de bas de page sur l'art. XV, al. 1, let. d, sur laquelle reposait la disposition antérieure de l'art. 21, al. 2, let. e, AIMP 2019 dans l'ancien droit des marchés publics. Celle-ci dispose: *«Il est entendu que le <matériel existant> comprend les logiciels dans la mesure où le marché initial de logiciels était couvert par l'Accord.»* Tel est le cas, en particulier, quand le marché initial est intervenu dans le cadre d'un appel d'offres public. Il ressort selon nous de l'esprit et de la lettre de cette disposition que la dérogation s'applique aussi aux logiciels existants à l'acquisition desquels l'AMP s'appliquait aussi en principe, mais pour laquelle il prévoyait une dérogation.³⁸ L'AMP 2012 ne contient plus de formulation correspondante concernant les logiciels, mais il y a lieu de supposer que les marchés ultérieurs selon l'art. 21, al. 2, let. e, AIMP 2019 présupposent que le marché initial était conforme au droit (voir pt 47 à ce sujet).

³⁶ FRÖHLICH-BLEULER, pt 61.

³⁷ MESSAGE-TYPE SUR L'AIMP 2019, p. 57.

³⁸ Voir à ce sujet toutefois WOLF, pt 45, qui part du principe que la prestation initiale doit avoir été adjudgée dans une situation de mise en concurrence. TAF, décision intermédiaire du 2 juillet 2009, B-3402/2009, consid. 6.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, pt 358; SCHNEIDER HEUSI/MAZZARIELLO, pt 35, et MEYER, p. 723, se fondent sur la question de savoir si le marché initial a été adjudgé dans une procédure en adéquation avec la valeur totale prévisible du marché. Cela permet d'empêcher qu'une adjudication de gré à gré intervienne tout d'abord sous la valeur seuil, puis entraîne une nouvelle adjudication de gré à gré au-dessus de la valeur seuil.

49 La question de savoir si une **acquisition avant l'entrée en vigueur du droit des marchés publics** constitue aussi une base suffisante pour des acquisitions supplémentaires selon l'art. 21, al. 2, let. e, AIMP 2019 n'est pas encore clarifiée. À notre avis, il devrait aussi être possible de se fonder sur cette clause dans le cas d'une telle adjudication initiale «conforme au droit des marchés publics» aussi ancienne.

b) **Inconvénients majeurs d'un changement de soumissionnaire**

50 Des marchés ultérieurs peuvent être adjudgés de gré à gré si un changement de soumissionnaire n'est pas possible pour des raisons économiques ou techniques, **entraînerait des difficultés importantes ou une augmentation substantielle des coûts.**

51 Des **raisons techniques** sont par exemple des incompatibilités avec des composants, services ou matériels existants.³⁹

52 Tandis que le libellé ne présuppose qu'une augmentation «substantielle» des coûts, le message-type impose que le surcoût en cas de changement de soumissionnaire **soit «disproportionné» par rapport à la valeur de marché** de l'adjudication de gré à gré en question. Le surcoût qui doit être pris en considération comprend aussi les coûts de transfert et de mise en place ainsi que les coûts d'adaptation.⁴⁰ À l'inverse, de possibles économies en cas de changement de soumissionnaire, du fait de l'ouverture du marché, doivent aussi être prises en considération.⁴¹

2.3 **Obligation de documentation et charge de la preuve**

53 La satisfaction des conditions d'une adjudication de gré à gré requiert un **examen approfondi au cas par cas**. Le pouvoir adjudicateur doit se pencher en détail sur les conditions de l'adjudication de gré à gré.

54 Le pouvoir adjudicateur doit également établir une **documentation** sur l'adjudication d'un marché de gré à gré selon l'art. 21, al. 2, AIMP 2019, indiquant notamment les circonstances et les conditions justifiant le recours à la procédure de gré à gré (art. 21, al. 3, AIMP 2019).

55 En cas de recours à l'art. 21, al. 2, let. c, AIMP 2019, le pouvoir adjudicateur doit notamment vérifier en détail s'il n'existe véritablement aucune solution de rechange adéquate à l'offre du soumissionnaire retenu. À cette fin, il ne doit certes pas recourir à une procédure ouverte préalable, mais **au moins rendre crédible** la satisfaction des

³⁹ TRÜEB/CLAUSEN, art. 21 n. 12.

⁴⁰ MESSAGE-TYPE SUR L'AIMP 2019, p. 57.

⁴¹ TRÜEB/CLAUSEN, art. 21 n. 12.

conditions de l'**application de la dérogation au moyen des clarifications effectuées**. En particulier, le pouvoir adjudicateur doit exposer qu'il a étudié en détail les conditions de l'application de la dérogation, à la lumière du marché concret – avant le recours à l'adjudication de gré à gré –, qu'il s'est fondé sur des exigences techniques, tel que prévu par le droit des marchés publics, sur la base desquelles il a analysé le marché avant de parvenir à la conclusion que les conditions d'une adjudication de gré à gré étaient remplies.⁴²

56 La **satisfaction des conditions** de recevabilité d'une adjudication de gré à gré doit être **démontrée dans une procédure de recours** contre l'adjudication de gré à gré par le pouvoir adjudicateur.⁴³

3. Acquisitions spécifiques à des produits / concurrence intramarque

3.1 Prescriptions générales relatives aux produits et aux fabricants

57 L'objet de l'acquisition est défini par la mandante en fonction de ses besoins. Il est libre de définir l'objet de l'acquisition, pour autant qu'il se fonde sur des motifs objectivement défendables. Dans la fixation des spécifications techniques, le pouvoir adjudicateur dispose d'une vaste liberté d'appréciation dans le cadre de laquelle les tribunaux ne peuvent intervenir que dans certaines conditions bien précises. Cependant, **le marché ne peut pas être limité** par des spécifications techniques **de manière à ce qu'un seul produit précis ou seulement un ou plusieurs soumissionnaires entrent en ligne de compte**.⁴⁴

58 Dans la mesure où cela est possible et approprié, l'adjudicateur fixe les spécifications techniques en se fondant sur des normes internationales ou, à défaut, sur des prescriptions techniques appliquées en Suisse, des normes nationales reconnues ou les recommandations de la branche (art. 30, al. 2, AIMP 2019). **En principe, l'objet de l'acquisition doit être décrit sans indication de produit et de soumissionnaire**, c'est-à-dire sans mention de noms commerciaux, de brevets, de droits d'auteur, d'origines ou de producteurs particuliers (art. 30, al. 3, AIMP 2019).

59 L'appel d'offres spécifique à un produit, qui implique une concurrence entre les revendeurs du produit («**concurrence intramarque**»), se trouve à mi-chemin entre la procédure idéale de la mise au concours ouverte, neutre en termes de produit

⁴² TAF, arrêt du 9 mai 2022, B-3580/2021, consid. 2.1 e.a.r.

⁴³ TF, arrêt du 6 novembre 2023, 2C_50/2022, consid. 5.9.

⁴⁴ TAF, décision intermédiaire du 16 février 2018, B-7062/2017, consid. 8.1 e.a.r.; TAF, arrêt du 30 avril 2014, B-4958/2013, consid. 2.5.3 e.a.r.; OECHSLIN/LOCHER, art. 30 n. 14.

(concurrence maximale) et l'adjudication directe de gré à gré à un soumissionnaire, qui exclut toute concurrence. Dans la mesure où la restriction de la concurrence est moins importante dans un appel d'offres spécifique à un produit, mais ouvert, que dans une adjudication de gré à gré, un appel d'offres spécifique à un produit ne devrait pas être soumis à des exigences plus strictes que pour une adjudication de gré à gré.⁴⁵ Par dérogation au «type idéal» de l'appel d'offres ouvert, neutre en termes de produit, selon l'art. 30, al. 3, AIMP 2019, une **acquisition spécifique à un produit est donc recevable si (par analogie) les conditions d'une dérogation de l'art. 21, al. 2, AIMP 2019** sont satisfaites (cf. chap. 2 à ce sujet). Le pouvoir adjudicateur assume la charge de la preuve de la satisfaction de ces conditions.⁴⁶

60 Si les conditions d'une acquisition limitée à des licences/produits Microsoft sont remplies et qu'il existe une **situation de concurrence intramarque** pour ces prestations, une procédure d'adjudication en adéquation avec la valeur du marché doit être organisée. Cela vaut également si les prix sont les mêmes chez tous les revendeurs, parce qu'ils se réfèrent aux conditions du MS EA Educa.⁴⁷

3.2 Prescriptions relatives aux produits et aux fabricants dans la procédure sur invitation

61 Plusieurs décisions cantonales autorisent l'**indication de certaines marques et de certains produits** dans une procédure sur invitation, sans que les conditions d'une acquisition spécifique à un produit ne doivent être satisfaites ou sans que le pouvoir adjudicateur ne doive autoriser des solutions de rechange adéquates. Ces décisions sont justifiées par le fait que le pouvoir adjudicateur peut choisir librement les entreprises à convier dans le cadre d'une procédure sur invitation et par le fait qu'il n'existe aucun droit de participation. C'est la raison pour laquelle il devrait aussi lui être permis de choisir au préalable un produit particulier ou une marque particulière et de ne convier que les soumissionnaires qui proposent ce produit ou cette marque, au moins tant qu'il existe plusieurs fournisseurs sur le marché. La seule obligation du pouvoir adjudicateur est de traiter équitablement et justement les prestataires conviés; mais cette obligation n'existe pas entre des tiers non conviés.⁴⁸

⁴⁵ Cf. FRÖHLICH-BLEULER, pt 12 et pt 78.

⁴⁶ TAF, décision intermédiaire du 10 septembre 2021, B-3576/2021, consid. 4.2.4; arrêt du 6 novembre 2023, 2C_50/2022, consid. 5.9.1.

⁴⁷ FRÖHLICH-BLEULER, pt 52.

⁴⁸ TA Argovie, arrêt du 25 novembre 2008, WBE.2008.298 (AGVE 2008 p. 191 ss), consid. 2.2.3; TA Saint-Gall, décision du 15 décembre 2023, B 2023/211, consid. 5.1; TA Saint-Gall, décision du 20 mars 2020, B 2019/278, consid. 2.3; TA Saint-Gall, décision du 9 juillet 2018, B 2018/31, consid. 2.2. Autres renvois à des décisions cantonales dans BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, p. 89 n° 97, et Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, p. 110 s., n° 162.

62 Selon BEYELER, cette jurisprudence est problématique. Cela étant, il n'y voit pas tant une violation du droit des marchés publics que du **principe de la rentabilité** selon le droit des finances si le pouvoir adjudicateur limite sans nécessité une procédure sur invitation à un produit qui n'est objectivement pas le meilleur, parce qu'il existerait d'autres produits similaires de même prix mais de meilleure qualité ou d'autres produits de qualité équivalente à un prix moins élevé.⁴⁹

63 La question de savoir si, dans une procédure sur invitation, des indications sur le produit ou le fabricant peuvent être formulées sans que les conditions d'une adjudication de gré à gré ne soient remplies (par analogie) (voir pt 59 s.) n'a **pas encore été tranchée par la Cour suprême**. Si ces conditions ne sont pas satisfaites, il existe donc un certain risque que la limitation d'une procédure sur invitation à des vendeurs de produits Microsoft soit jugée irrecevable par un tribunal ou par une autorité de surveillance financière.

4. Importance des contrats-cadre dans le droit des marchés publics

4.1 Nature juridique

64 Les contrats-cadre sont à la fois un **type très répandu du droit des contrats**, et ils peuvent être un **instrument spécifique du droit des marchés publics** défini à l'art. 25 AIMP 2019 – à condition, toutefois, qu'ils soient conformes aux exigences particulières du droit des marchés publics (voir en particulier pt 70 ss à ce sujet). La distinction entre les contrats-cadre au sens du droit des marchés publics et les autres contrats-cadre produisant uniquement des effets en droit civil est essentielle pour le MS EA dont il est question.

65 En général, les contrats-cadre ne contiennent ni **obligation directe de la mandataire de fournir la prestation, ni obligation d'achat de la mandante**.⁵⁰ Ils fixent simplement les conditions dans lesquelles les futurs achats doivent intervenir. Le fait de ne pas devoir fixer ou négocier ces conditions pour chaque achat individuel permet de réduire nettement le coût des différentes acquisitions (**effet de rationalisation**).

⁴⁹ BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, p. 89, remarque sur la n° 97.

⁵⁰ Voir à ce sujet REMUND, art. 25 LMP n. 3.

66 En pratique, les contrats-cadre jouent un rôle important dans **l'acquisition de licences et de services informatiques** car, dans ce cas, des prestations similaires ou identiques peuvent être invoquées dans les mêmes conditions pendant un certain temps.⁵¹ Par rapport aux acquisitions directes, les contrats-cadre ont l'avantage d'offrir une plus grande flexibilité quant aux quantités choisies et au moment des achats (voir aussi pt 77 ss à ce sujet).

67 Les contrats-cadre sont aussi parfois utilisés pour une **acquisition conjointe** (par ex. Confédération et certains cantons, plusieurs cantons, plusieurs communes) de prestations standardisées. La mise au concours d'un volume de prestations potentiellement élevé permet de renforcer la position des mandants, et il est possible, dans certaines circonstances, d'obtenir de **meilleures conditions** (en particulier par des remises quantitatives et des effets d'échelle). C'est notamment le cas lorsque les différentes collectivités publiques sont face à des fournisseurs disposant d'un fort pouvoir de marché, avec lesquels elles ne pourraient pas négocier individuellement d'égal à égal.

68 **Pour les fournisseurs également, les contrats-cadre peuvent entraîner des effets de rationalisation**, car ils leur permettent d'accéder à un marché plus vaste, de ne pas avoir à négocier individuellement avec chaque mandant ainsi que d'uniformiser et de rationaliser les processus de commande. Du point de vue des fournisseurs, cela peut justifier l'octroi de meilleures conditions.

69 S'agissant des contrats-cadre sans obligation d'achat, il est également **possible d'attribuer** à des tiers **des marchés correspondants en dehors du contrat-cadre**; dans le respect des prescriptions applicables du droit des marchés publics. Cela vaut également pour le MS EA qui fait l'objet de la présente évaluation. Les organismes responsables d'institutions éducatives qui pourraient se procurer des prestations en vertu du MS EA ne sont, quant à eux, pas liés par le contrat-cadre. Ils sont libres de conclure directement des contrats-cadre parallèles avec Microsoft ou ses revendeurs.

4.2 Le contrat-cadre comme élément de différents types de procédures

70 L'adjudication de contrats-cadre ne constitue **pas un propre type de procédure** au sens de l'AIMP 2019, mais intervient (selon les valeurs seuils atteintes, les conditions dérogatoires, etc.) dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective, d'une procédure sur invitation ou d'une adjudication de gré à gré.⁵²

⁵¹ Voir à ce sujet en particulier FRÖHLICH-BLEULER, pt 21 et ATF 137 II 313 (acquisitions de licences Microsoft par la Confédération) et TAF, décision intermédiaire du 18 octobre 2021, B-3238/2021 (acquisitions de services cloud par la Confédération).

- 71 En principe, les contrats-cadre sont assimilés à des **marchés publics soumis au droit des marchés publics**, dans la mesure où les commandes individuelles prévues constitueraient des marchés publics.⁵³ Même en cas d'acquisition sur la base de contrats-cadre, il convient donc de vérifier si le marché public relève du l'AIMP (cf. pt 14 ss à ce sujet). La valeur du marché est calculée au moyen de la somme maximale des prestations couvertes par le contrat-cadre.⁵⁴
- 72 En ce qui concerne le MS EA, on peut supposer que les commandes individuelles pouvant être passées en vertu du MS EA par tous les établissements éducatifs au cours des prochaines années dépassent ensemble d'emblée la valeur seuil pour un appel d'offres public et que les licences et les services informatiques standardisés relèvent de l'AMP et donc de l'AIMP. Néanmoins, ces prestations n'ont pas fait l'objet d'un appel d'offres public de la part d'Educa. Il en résulte que le **MS EA, bien qu'il ait les caractéristiques d'un contrat-cadre selon le droit des marchés publics, ne constitue pas un contrat-cadre au sens de l'AIMP 2019.**⁵⁵
- 73 La question de savoir si les établissements éducatifs peuvent, quant à eux, **se procurer directement des prestations en vertu du MS EA sans appel d'offres public** dépend de la question de savoir si les **valeurs seuils** déterminantes sont globalement atteintes par l'achat de prestations similaires pendant la durée du MS EA; la réponse variera probablement en fonction des besoins des différents établissements éducatifs. Pour le calcul de la valeur du marché, se reporter au pt 18 s.
- 74 En outre, l'achat direct de prestations en vertu du MS EA sans appel d'offres public est possible s'il existe une **dérogation** pour l'acquisition concrète (voir en détail pt 31 ss à ce sujet).

⁵² Voir à ce sujet aussi MESSAGE CONCERNANT LA RÉVISION TOTALE DE LA LMP, p. 1936: «*La conclusion d'un contrat-cadre avec un ou plusieurs soumissionnaires ne fait pas l'objet d'une procédure particulière. Les procédures générales s'appliquent également aux appels d'offres portant sur des contrats-cadres et à la conclusion de ces derniers.*» GEHRER CORDEY, p. 363 s., pt 39: «*Les contrats-cadre sont assimilés à des marchés publics soumis au droit des marchés publics pour autant que tel serait également le cas pour la somme des marchés individuels prévus en cas d'adjudication individuelle. Les contrats-cadre doivent donc faire l'objet d'un appel d'offres comme tout autre marché public (lorsque les conditions sont réunies); c'est un principe généralement admis.*»

⁵³ Voir à ce sujet ROHNER/RIZVI, p. 37 s.; BOLLER, p. 530 s.; GEHRER CORDEY, p. 364.

⁵⁴ Voir à ce sujet ROHNER/RIZVI, p. 38; BOLLER, p. 531.

⁵⁵ Il en va de même en ce qui concerne l'AIMP 2001, bien que celui-ci ne règle pas explicitement les contrats-cadre, car les conditions d'adjudications supérieures à la valeur seuil doivent également être respectées en vertu de l'AIMP 2001.

4.3 Adjudications conjointes et adhésion ultérieure des acquéreurs de prestations

75 Du côté des acquéreurs de prestations, **plusieurs services demandeurs** peuvent également être envisagés.⁵⁶ D'une part, plusieurs services demandeurs peuvent effectuer ensemble toutes les acquisitions communes. D'autre part, un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs peuvent procéder à l'acquisition et réserver un achat par d'autres acquéreurs de prestations dans l'appel d'offres. Les mandantes publiques qui peuvent conclure des contrats individuels ou passer des commandes sur la base d'un contrat-cadre correspondant doivent cependant pouvoir être identifiées facilement et sans équivoque.⁵⁷

76 Une **adhésion ultérieure** d'acquéreurs de prestations à un contrat-cadre existant n'est possible que si ceux-ci ont été mentionnés dès le début dans l'appel d'offres; que ce soit par une énumération nominative ou par une définition claire (par ex. «toutes les communes du canton XY»)⁵⁸.

⁵⁶ Voir à ce sujet BOLLER, p. 533; GEHRER CORDEY, p. 356.

⁵⁷ Voir SCHERLER/SCHNEIDER HEUSI, p. 326 (pt 76). BEYELER, Rahmenvertrag, p. 357 ss, 368: «Le fait que l'art. 25, al. 1, LMP 2019/AIMP 2019 ne parle que d'une seule mandante n'empêche pas, à l'inverse, plusieurs mandantes de mener conjointement un appel d'offres pour un ou plusieurs contrats-cadre (cf. art. 5 LMP 2019 / AIMP 2019) ou l'appel d'offres pour un contrat-cadre de réserver expressément l'adhésion ultérieure ou la conclusion d'un contrat-cadre d'autres mandantes.»

⁵⁸ Voir à ce sujet aussi GEHRER CORDEY, p. 356, pt 14: «... La seule chose à noter à cet égard est que le cercle des mandantes autorisées à recourir à des prestations dans le cadre d'un contrat-cadre doit être mentionné dès le début ou du moins pouvoir être déterminé.»

4.4 Volume et quantité de référence

- 77 En accord avec la pratique de la CJUE en lien avec les directives de l'UE⁵⁹, la littérature estime majoritairement que les contrats-cadre ne doivent pas seulement déterminer le contenu des prestations, mais aussi prévoir une **quantité maximale de commande**⁶⁰, qui se reflète dans le montant de l'adjudication. Certes, le Tribunal administratif fédéral s'est également prononcé en ce sens dans une décision intermédiaire⁶¹, mais la question n'était toutefois pas déterminante pour l'affaire, de sorte que le développement d'une pratique différenciée ne nous semble pas exclu d'emblée.
- 78 Comment calculer les montants de l'adjudication (valeurs de marchés) pour les achats concrets de certaines écoles et directions cantonales de l'éducation dans le cadre du MS EA compte tenu des valeurs seuils (en particulier lorsque plusieurs écoles du même organisme responsable achètent des licences et des services)? À ce jour, il semble qu'il n'y ait pas de littérature et de jurisprudence spécifiques sur cette question. Il est cependant certain qu'un marché supérieur aux valeurs seuils **ne peut être subdivisé en plusieurs marchés inférieurs aux valeurs seuils**⁶² pour éviter une procédure sur invitation ou une procédure d'appel d'offres.⁶³

⁵⁹ Voir à ce sujet notamment l'arrêt de la CJUE du 19 décembre 2018 dans l'affaire C-216/17 (Antitrust et Coop-service) et sa discussion dans BEYELER, Rahmenvertrag, p. 356 ss.

⁶⁰ Voir à ce sujet REMUND, art. 25 LMP n. 7: «... L'étendue maximale des prestations ne doit être fixée que «le cas échéant». En vertu du principe de transparence (art. 2, let. b, LMP/AIMP) et en relation avec l'art 25, al. 2, LMP/AIMP, il y a lieu de supposer que cette étendue maximale des prestations doit régulièrement être communiquée dès la publication de l'appel d'offres.». BEYELER, Rahmenvertrag, p. 358 ss, s'exprime de manière encore plus pointue: «Il découle notamment de ces principes, selon une jurisprudence constante, que les pouvoirs adjudicateurs doivent faire connaître, dans la procédure d'adjudication, <toutes les conditions et modalités> de la procédure et du projet d'acquisition. S'il était permis d'adjudger des accords-cadres sans quantités maximales obligatoires, cela signifierait, selon la CJUE, une atteinte au principe de transparence, puisque les marchés de prestations individuelles adjugés sur la base d'un accord-cadre ne doivent pas être publiés (contrairement à l'adjudication de l'accord-cadre lui-même) eu égard à la simplicité de la procédure d'adjudication de l'accord-cadre (art. 35, al. 4, sous-al. 2, directive 2004/18).»

⁶¹ TAF, décision intermédiaire B-3238/2021 du 18 octobre 2021, consid. 5.4.3: «Pour répondre à l'objectif de concurrence visé à l'art. 1, al. 1, let. b, aLMP, il convient de fixer un volume d'achat maximal et de limiter la durée du contrat. À cet égard, la LMP révisée prévoit expressément à l'art. 25, al. 2, que la durée d'un contrat-cadre ne peut excéder cinq ans et qu'une prolongation automatique n'est pas possible. Une durée plus longue ne peut être prévue que dans des cas dûment motivés. Sur ce point, il convient également de tenir compte, à titre de comparaison, de l'art. 33, al. 2, de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 (JO L 94 du 28 mars 2014, p. 65).»

⁶² Voir aussi pt 23 à ce sujet. Le caractère abusif d'une division du marché ne présuppose pas une intention subjective d'éluder les règles, mais peut résulter directement des circonstances objectives. Voir DIEBOLD/DIEM, pt 27.

⁶³ Voir à ce sujet en général FISCHER, art. 15 LMP n. 6, 9 s. et 24; DIEBOLD/DIEM, pt 38, 44 s. et 160 et MESSAGE-TYPE SUR L'AIMP 2019, p. 51, selon lequel doivent être additionnées les prestations «qu'il n'est pas raisonnable d'acquérir indépendamment les unes des autres dans les relations commerciales, notamment lorsqu'elles servent le même but, doivent être fournies par la même personne ou lorsque le partage des responsabilités n'est pas souhaitable.» Tel peut notamment être le cas lorsque des marchés partiels différents servent en fin de compte au même projet.

79 De notre point de vue, il convient de se fonder sur **la manière dont l'organisme responsable concerné s'est approvisionné jusqu'à présent et, le cas échéant, sur la façon dont il coordonne ses autres acquisitions.** Dans ce contexte, il faut également tenir compte des éventuelles règles d'organisation et directives des cantons et des communes, qui confèrent aux établissements éducatifs une autonomie dans leurs acquisitions ou qui, au contraire, les obligent à coordonner ou à centraliser leurs acquisitions. En cas d'achat centralisé pour plusieurs écoles ou pour toutes les écoles – ou globalement pour la direction de l'éducation –, il nous semble que les licences et les services Microsoft doivent être achetés en conséquence et additionnés en vue des montants de l'adjudication (obligation d'additionner). En revanche, si les acquisitions sont généralement effectuées de manière autonome par les différentes écoles ou séparément pour la direction de l'éducation, elles ne doivent pas être additionnées pour l'ensemble des institutions.

4.5 Durée des prestations

80 L'art. 25, al. 3, AIMP 2019 stipule tout d'abord que des contrats-cadre ne doivent **en principe pas être conclus pour une durée supérieure à cinq ans.** Il s'agit de ne pas soustraire les prestations correspondantes du marché pendant une période excessivement longue. Pour des raisons de protection des investissements (par ex. prestations liées au développement d'un système informatique complexe), la limite de cinq ans peut exceptionnellement être dépassée.

81 **Selon nous, les contrats-cadre portant sur l'acquisition de licences et de services informatiques standards ne doivent cependant pas être conclus pour une durée supérieure à cinq ans** car, contrairement aux développements individuels de systèmes complexes, il n'y a guère de raisons particulières de ne les remettre au concours qu'à une date ultérieure.

82 En vertu d'un contrat-cadre, il est en principe possible d'effectuer des achats individuels ou de conclure des contrats individuels jusqu'à l'expiration du contrat-cadre. Dans le domaine des licences et des services informatiques standardisés, les achats individuels ont eux-mêmes une durée déterminée (par ex. une ou plusieurs années de licence ou de service). On peut donc se demander **combien de temps de tels contrats individuels peuvent perdurer au-delà de la validité du contrat-cadre.** Selon le MESSAGE-TYPE SUR L'AIMP 2019, les contrats individuels ne peuvent dépasser que modérément la durée du contrat-cadre.⁶⁴

⁶⁴ Voir à ce sujet MESSAGE-TYPE SUR L'AIMP 2019, p. 64: «*En outre, le contrat-cadre est prolongé de la durée des contrats individuels qui ont été conclus pendant la durée de validité du contrat-cadre. Lors de la conclusion de tels contrats individuels, il convient cependant de veiller à ce que la durée maximale de cinq ans ne soit pas dépassée, ou seulement dans des cas exceptionnels et de manière modérée.*» Voir à ce sujet aussi GEHRER CORDEY, p. 362 (pt 33).

4.6 Protection juridique

83 Lors de la révision du droit des marchés publics, la question d'une protection juridique pour les achats individuels ou l'adjudication de contrats individuels en vertu d'un contrat-cadre a été contestée. L'art. 53, al. 6, AIMP 2019 stipule désormais expressément qu'un recours contre la conclusion de contrats individuels est exclu, tant pour les contrats-cadre conclus avec un seul soumissionnaire que pour ceux conclus avec plusieurs soumissionnaires. La **portée de cette exclusion reste toutefois controversée**. Selon le MESSAGE-TYPE SUR L'AIMP 2019, il n'y a même pas de nouvelle adjudication en cas de conclusion d'un contrat individuel. La procédure d'adjudication s'achève avec l'adjudication juridiquement valable du ou des contrats-cadre, raison pour laquelle il n'existe pas d'objet de contestation correspondant.⁶⁵ Cette façon de voir absolue ne nous semble toutefois pas convaincante dans tous les cas. Quoi qu'il en soit, il n'y a pas de base légale pour un achat (contrat individuel) selon le droit des marchés publics si, sur le fondement d'un contrat-cadre concret, d'autres prestations sont commandées que celles qui avaient été mises au concours à l'époque.⁶⁶ Selon nous, de telles adjudications devraient être traitées de la même façon que les adjudications de gré à gré ou de facto.⁶⁷

5. Formes possibles d'acquisitions groupées

84 Même si un besoin concret d'un établissement éducatif ne peut pas être couvert sans appel d'offres via le MS EA, parce que les valeurs seuils sont dépassées et qu'il n'existe pas de dérogation, cela n'exclut pas la coordination de plusieurs établissements éducatifs pour l'acquisition des licences et des services informatiques correspondants. Au contraire, plusieurs établissements éducatifs peuvent se coordonner pour l'adjudication de leur propre contrat-cadre sous différentes formes; en particulier appels d'offres communs ou appels d'offres ouverts auxquels certaines collectivités peuvent encore adhérer par la suite, etc. (voir aussi pt 75 s. à ce sujet). Dans le cadre du présent bref avis, il s'agit de savoir si et comment des prestations peuvent être achetées en vertu du MS EA. La question de savoir comment couvrir un besoin en dehors du MS EA ou comment procéder en matière de droit des marchés publics en

⁶⁵ MESSAGE-TYPE SUR L'AIMP 2019, p. 64. Voir à ce sujet aussi BEYELER, Geltungsanspruch, pt 2930; qui vient nuancer GEHRER CORDEY, p. 379 ss; ROHNER/RIZVI, p. 40 s.

⁶⁶ Voir à ce sujet aussi REMUND, art. 25 LMP n. 22: «...*Compte tenu notamment de la grande flexibilité des pouvoirs adjudicateurs dans l'aménagement de la procédure d'achat, il convient toutefois de souligner que si les conditions fondamentales de l'appel d'offres réalisé ne sont pas respectées ou sont modifiées lors de l'achat effectif, la possibilité que cette situation fasse l'objet d'un contrôle par une juridiction administrative ne peut être totalement exclue...*». Dans sa décision intermédiaire du 18 octobre 2021 dans la procédure de recours B-3238/2021, consid. 5.5.4, le Tribunal administratif fédéral ne semble pas non plus exclure une protection juridique contre l'adjudication de contrats individuels dans tous les cas de figure possibles, en dépit de l'art. 53, al. 6, AIMP 2019.

⁶⁷ Voir à ce sujet aussi GEHRER CORDEY, p. 378 (pt 89): «... *Les termes du contrat doivent être et rester couverts par l'adjudication, faute de quoi le contrat devient contraire au droit des marchés publics.*»

cas d'achats communs dépasserait le cadre de la présente étude. À cet égard, nous renvoyons à l'étude pratique de PFÄNDLER/KOCH, qui explique les différentes formes d'acquisitions groupées ainsi que leurs avantages et inconvénients à l'aide d'exemples pratiques. Voir également l'étude de KOCH sur la question de savoir comment les institutions éducatives peuvent acquérir des licences et des services informatiques en tenant compte des exigences actuelles en matière de durabilité.

6. Achat de licences et de services en vertu du MS EA

85 Indépendamment de la valeur du marché, l'achat de licences/services en vertu du MS EA constitue un **marché public**, c'est-à-dire que les prescriptions générales du droit des marchés publics (en particulier l'AIMP, ses objectifs et ses principes régissant la procédure) doivent toujours être respectées.

86 Selon nous, le **MS EA constitue certes une base contractuelle, mais pas une base selon le droit des marchés publics** pour l'achat des prestations correspondantes. Les différents établissements éducatifs ou leurs organismes responsables (par ex. les cantons, les communes) sont tenus de respecter les exigences du droit (cantonal) des marchés publics lors de l'achat de prestations correspondantes en vertu du MS EA. Ces exigences peuvent être résumées comme suit:

87 Lorsque les institutions éducatives achètent des **licences/services d'un montant inférieur à CHF 150'000**⁶⁸ (TVA en sus), elles peuvent se les procurer aux conditions du MS EA dans le cadre d'une adjudication de gré à gré. Même si le MS EA couvre des licences et des services différents, nous estimons que ceux-ci constituent des prestations similaires qui doivent être additionnées aux fins du calcul des valeurs seuils (voir calcul de la valeur du marché, pt 22).

88 **Si les licences/services correspondants atteignent CHF 150'000**⁶⁹, les établissements éducatifs doivent organiser une procédure sur invitation incluant au moins trois fournisseurs. La question de savoir s'il est possible, dans le cadre d'une procédure sur invitation, d'insérer des indications sur les produits indépendamment des conditions d'une acquisition spécifique à un produit (par ex. limitation aux licences et services Microsoft) et de ne convier que des revendeurs des produits concernés, ne fait toutefois pas l'unanimité (voir pt 61 ss à ce sujet).

⁶⁸ Pour les cantons dans lesquels s'applique l'AIMP 2001, la valeur seuil pour les marchés de fournitures (achats de licences) est de CHF 100'000 en 2024.

⁶⁹ Pour les cantons dans lesquels s'applique l'AIMP 2001, la valeur seuil pour les marchés de fournitures est de CHF 100'000 en 2024.

- 89 **Si les prestations atteignent CHF 250'000** (TVA en sus), un appel d'offres ouvert ou sélectif doit être organisé. Dans ce contexte, il convient également d'autoriser des alternatives aux logiciels/services correspondants de Microsoft (par ex. prestations de maintenance et de support pour des produits libres correspondants), si les conditions d'un appel d'offres spécifique à un produit ne sont pas remplies. Des appels d'offres correspondants peuvent également être organisés conjointement pour les besoins de plusieurs établissements éducatifs.
- 90 Un **achat de gré à gré ou le complément de licences/services correspondants** en vertu du MS EA pourrait être possible, dans des cas exceptionnels, quelle que soit la valeur du marché, sur le fondement de l'art. 21 AIMP 2019, si les conditions correspondantes sont remplies.

D. Résultats/réponses aux questions

1. ***Quels aspects du droit des marchés publics doivent être pris en compte par les écoles (ou leurs organismes responsables) et les directions de l'éducation afin de pouvoir acheter des licences Microsoft conformes au droit des marchés publics sur la base d'un nouveau MS EA?***

Selon nous, le MS EA constitue certes une base contractuelle, mais pas une base selon le droit des marchés publics pour l'achat des prestations correspondantes. Les différents établissements éducatifs ou leurs organismes responsables (par ex. les cantons, les communes) sont tenus de respecter les exigences du droit (cantonal) des marchés publics lors de l'acquisition de prestations correspondantes dans le cadre de ces contrats-cadre. En dépit du MS EA, les différents établissements éducatifs doivent organiser un appel d'offres public pour répondre à leurs besoins, seuls ou conjointement avec d'autres établissements éducatifs (voir pt 75 à ce sujet), si les valeurs seuils correspondantes sont dépassées pour les acquisitions prévues et s'il n'existe pas de dérogation (voir aussi pt 72 ss à ce sujet).

2. ***Si les valeurs seuils du droit des marchés publics ne sont pas dépassées: dans quelles conditions les écoles (ou leurs organismes responsables) et les directions d'écoles cantonales peuvent-elles acheter directement des licences/services en vertu du MS EA? Comment doivent-elles procéder à cet égard?***

Avant de se procurer des prestations en vertu du MS EA, une institution éducative doit d'abord évaluer ses futurs besoins prévisibles et estimer la valeur du marché. Si la valeur est inférieure à la valeur seuil de CHF 150'000⁷⁰ (TVA en sus), les licences et les services peuvent être commandés directement en vertu du MS EA. Il convient toutefois de noter qu'un achat planifié, présentant un lien temporel et factuel, ne peut pas être simplement subdivisé selon une «tactique du salami», afin de ne pas dépasser à chaque fois la valeur seuil et de pouvoir s'approvisionner de gré à gré. Selon le MS EA actuellement en vigueur, l'institution éducative concernée doit signer une déclaration d'adhésion au MS EA et la soumettre à Microsoft. Nous partons du principe que ce mécanisme sera maintenu en vertu du nouveau MS EA.

⁷⁰ Ou CHF 100'000 pour les acquisitions de licences pures dans les cantons où l'AIMP 2001 est encore en vigueur.

3. Si les valeurs seuils du droit des marchés publics sont dépassées: dans quelles conditions les écoles (ou leurs organismes responsables) et les directions d'écoles cantonales peuvent-elles acheter directement des licences/services en vertu du MS EA? Comment doivent-elles procéder à cet égard?

Si les valeurs seuils correspondantes sont dépassées, les prestations ne peuvent être acquises directement en vertu du MS EA que s'il existe une exception pour une adjudication de gré à gré (voir en détail pt 29 ss à ce sujet). Dans tous les autres cas, les établissements éducatifs ou leurs organismes responsables doivent engager une procédure sur invitation ou un appel d'offres public, en fonction de la valeur estimée de l'acquisition. Ils peuvent le faire seuls ou en collaboration avec d'autres établissements éducatifs ayant des besoins similaires. Une procédure d'adjudication limitée aux produits Microsoft est autorisée si les conditions d'une adjudication de gré à gré sont remplies par analogie (voir aussi pt 57 ss à ce sujet).

4. Comment les montants de l'adjudication (valeurs des marchés) doivent-ils être calculés pour des acquisitions concrètes de certaines écoles et directions cantonales de l'éducation par rapport aux valeurs seuils (en particulier quand plusieurs écoles d'un même organisme responsable achètent des licences et des services)?

De notre point de vue, il convient de se fonder sur la manière dont l'organisme responsable concerné s'est approvisionné jusqu'à présent et, le cas échéant, sur la façon dont il coordonne ses autres acquisitions. Dans ce contexte, il faut également tenir compte des éventuelles prescriptions et directives des cantons et des communes, qui confèrent aux établissements éducatifs une autonomie dans leurs acquisitions ou qui, au contraire, les obligent à coordonner ou à centraliser leurs acquisitions. En cas d'achat centralisé pour plusieurs écoles ou pour toutes les écoles (ou globalement pour la direction de l'éducation), il nous semble que les licences et les services Microsoft doivent être achetés en conséquence et additionnés en vue des montants de l'adjudication. En revanche, si les acquisitions sont généralement effectuées de manière autonome par les différentes écoles ou séparément pour la direction de l'éducation, elles ne doivent pas être additionnées pour l'ensemble des institutions.

E Bibliographie et liste des abréviations

1. Bibliographie et supports

- AESCHBACHER RUTH/KREBS REBEKKA, Kommentar zu Art. 21 dans: Trüb Hans Rudolf (éd.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zurich 2020, p. 292-304
- BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zurich 2012 (cit. BEYELER, Geltungsanspruch)
- BEYELER MARTIN, Der vergaberechtliche Rahmen des Rahmenvertrages; Vergaberecht zwischen Flexibilität und Wettbewerb, dans: Epiney Astrid/Zlatescu Petru Emanuel (éd.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2019/2020, Berne/Zurich, p. 345-372 (cit. BEYELER, Rahmenvertrag)
- BEYELER MARTIN, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, Zurich 2022 (cit. BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021)
- BEYELER MARTIN, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Zurich 2020 (cit. BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019)
- BOLLER MARCEL, Das Instrument des Rahmenvertrags im Submissionsrecht, ZBI 118/2017, p. 527-544
- MESSAGE-TYPE concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics du 15.02.2017, FF 2016, p. 1851 ss (cit. MESSAGE-TYPE CONCERNANT LA RÉVISION TOTALE DE LA LMP)
- DIEBOLD NICOLAS/DIEM LEANDRA, Zerstückelungsverbot und Additionspflicht, dans: Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (éd.), Aktuelles Vergaberecht 2022, Zurich 2022, p. 195-267
- FISCHER THOMAS, Kommentar zu Art. 15 BöB dans: Trüb Hans Rudolf (éd.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zurich 2020, p. 249-257
- FRÖHLICH-BLEULER GIANNI, Die Vergabe von IT-Verträgen, dans: Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (éd.), Aktuelles Vergaberecht 2016, Zurich 2016, p. 269-301
- GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts. Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes, der Kantone und der Europäischen Union, 3^e éd., Zurich 2013
- GEHRER CORDEY CAROLE, Rahmenverträge, dans: Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (éd.), Aktuelles Vergaberecht 2020, Zurich 2020, p. 351-386

- JAQUIER MANUEL, Le gré à gré exceptionnel pour des raisons techniques: oui, mais à la condition d'avoir un besoin objectif, BR/DC 1/2021, p. 14 ss
- KOCH RIKA (avec la collaboration de Lara Biehl), Öffentliche Beschaffungen im Bildungssektor, Studie im Auftrag der Fachagentur Educa zur Verortung der (IKT-)Beschaffungen von Schulen nach dem revidierten öffentlichen Beschaffungsrecht, Berne, 21 février 2023
- MEYER CHRISTOPH, Freihändige Vergabe als Ausnahme von der Ausschreibungspflicht im öffentlichen Beschaffungsrecht, AJP 2005, p. 716 ss
- MÜLLER THOMAS P., Kommentar zu Art. 8 BöB, dans: Trüeb Hans Rudolf (éd.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zurich 2020, p. 134-162
- MESSAGE-TYPE de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 15 novembre 2019 (cit. MESSAGE-TYPE SUR l'AIMP 2019)
- OECHSLIN BARBARA/LOCHER THOMAS, Kommentar zu Art. 30 BöB, dans: Trüeb (éd.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zurich 2020, p. 384-401
- PFÄNDLER STEFANIE/KOCH RIKA, 'Gemeinsam beschaffen – gemeinsam digitalisieren'; Innovative Beschaffungsmodelle im Bereich Digitalisierung und darüber hinaus, étude pratique de la Haute école spécialisée bernoise en partenariat avec OneGov.ch, Berne, 23.11.2023
- REMUND MICHÈLE, Kommentar zu Art. 25 BöB dans: Trüeb Hans Rudolf (éd.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zurich 2020, p. 342-351
- ROHNER BEATRICE/RIZVI SALIM, Rahmenvereinbarungen im öffentlichen Beschaffungsrecht, SZW 2015, p. 36-41
- SCHERLER STEFAN, Kettenverträge in der IT. Die Source-Codes als Quellen des Problems? BR/DC 1/2018, p. 38 ss
- SCHERLER STEFAN/SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA, Dienstleistungen – neue Wege zur Beschaffung? – Verfahren, Instrumente und einzelne Spielräume, dans: Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (éd.), Aktuelles Vergaberecht 2022, Zurich 2022, p. 299-232
- SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA/MAZZARIELLO LAURA, Die freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung, Jusletter du 23 mai 2011
- TRÜEB HANS RUDOLF, Kommentar zu Art. 2, dans: Trüeb Hans Rudolf (éd.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zurich 2020, p. 29-44
- TRÜEB HANS RUDOLF/CLAUSEN NATHALIE, Kommentar zum BöB, dans: Oesch Matthias/Weber Rolf H./Zäch Roger (éd.), Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht II, Zurich 2021, p. 313-578
- WOLF ROBERT, Freihändige Beschaffung: Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen, dans: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010, Zurich 2010, p. 127-148

2. Liste des abréviations

Abréviation	Terme
AbMP	Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics, RS 0.172.052.68
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen (journal)
AIMP 2001	Accord intercantonal du 15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP)
AIMP 2019	Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (journal)
al.	alinéa
AMP 2012	Accord révisé sur les marchés publics selon le ch. 1 du Prot. du 30 mars 2012, en vigueur pour la Suisse depuis le 1 ^{er} janvier 2021, RS 0.632.231.422
AMP 1994	Accord sur les marchés publics conclu à Marrakech le 15 avril 1994, entré en vigueur pour la Suisse le 1 ^{er} janvier 1996, RS 0.632.231.422
aOMP	Ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995, RS 712.056.11, en vigueur depuis le 1 ^{er} janvier 2021
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral (arrêt principal)
BR/DC	Baurecht/Droit de la Construction (journal)
ch.	chiffre
cit.	cité(e)
consid.	considérant(s)
e.a.	entre autres
e.a.r.	et autres renvois
éd.	éditeur
FF	Feuille fédérale de la Confédération suisse
JO	Journal officiel de l'UE
let.	lettre
LMP	Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics, RS 172.056.1

LOGA	Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997, RS 172.010
LSP	Licensing Solution Partners
MS EA	Microsoft Enterprise Agreement
n.	note
nbp	note de bas de page
OMC	Organisation mondiale du commerce
p.	page(s)
Prot.	Protocole
pt	point(s)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s.	et suivant(e)
SaaS	Software as a Service
ss	et suivant(e)s
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TA	Tribunal administratif
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
TI	Technologies de l'information
TIC	Technologies de l'information et de la communication
ZBI	Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (journal)