Analyse des Urteils BGE 152 II 211, BGer 2C_207/2025

Léonard Bruchez, Avocat, spécialiste FSA en droit de la construction et de l'immobilier

BGE 152 II 211, BGer 2C_207/2025, 22. Januar 2026
II. öffentliche Abteilung

Themen: *Öffentliche Beschaffungswesen, Zur Publikation vorgesehen*

Newsletter immodroit.ch März 2026

31. März 2026

Transferts de coûts : entre pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur et obligation d'exclusion du marché

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 2C_207/2025 se prononce sur une problématique jusqu'alors inexplorée sous l'empire de l'AIMP 2019 : l'adjudicateur doit-il écarter un soumissionnaire ayant procédé à des transferts de coûts spéculatifs expressément proscrits par les conditions du marché, alors même que son offre demeure, en dépit de cette irrégularité, la plus avantageuse sur le plan économique ? Par son raisonnement, le Tribunal fédéral met en balance l'exigence de stricte conformité formelle dans la construction des prix et l'impératif d'une utilisation efficiente des deniers publics.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le 13 février 2024, l'Hôpital universitaire de Zurich (ci-après : le pouvoir adjudicateur) a ouvert une procédure d'appel d'offres en la forme ouverte, soumise aux accords internationaux, pour l'adjudication des travaux de gros œuvre du projet « USZ Campus Mitte 1 | 2 » (let. A.a). Les documents d'appel d'offres, par la clause 4.2, imposaient que les coûts soient strictement affectés aux positions de prestations correspondantes, prohibant expressément tout transfert de charges entre prix unitaires, notamment entre les positions de prestations et les installations de chantier, sous peine d'exclusion (let. A.a). Parallèlement, les conditions contractuelles écartaient l'application de l'art. 86 de la norme SIA 118, stipulant que les prix unitaires demeureraient fixes nonobstant tout écart entre les quantités prévues au descriptif et les quantités réellement exécutées (let. A.a).

A l'ouverture des offres, trois soumissions valables ont été enregistrées, celle de la société B. AG s'élevant à CHF 44'993'657,79 et celle d'A. AG à CHF 54'232'235,80 hors TVA (let. A.b). Après quatre cycles d'épuration technique et de clarification portant sur la structure des prix de l'offre la moins chère, le pouvoir adjudicateur a attribué le marché à B. AG le 11 juillet 2024 pour un montant net ajusté de CHF 46'157'210,51 (let. A.b et A.c). Le classement final a attribué 871 points à l'adjudicataire contre 750 points à A. AG, classée deuxième (let. A.c).

Saisi d'un recours d'A. AG le 31 juillet 2024, le Tribunal administratif du canton de Zurich a rejeté celui-ci le 13 mars 2025 (let. B). L'instance cantonale a retenu que des transferts de coûts spéculatifs, en violation de la clause 4.2, ne pouvaient être totalement exclus, singulièrement pour les positions relatives à l'acier d'armature (let. B). Elle a admis la possibilité d'un gain spéculatif d'environ

CHF 1,1 million résultant de ces « manipulations » de prix (let. B). Toutefois, elle a considéré que ce manquement ne justifiait pas l'exclusion dès lors que l'ordre de priorité n'était pas faussé : en additionnant par hypothèse ce gain au prix de l'offre de B. AG, cette dernière demeurait l'offre économiquement la plus avantageuse, l'écart global s'élevant à près de CHF 8 millions (let. B ; *cf*. aussi consid. 4.4).

Le 14 avril 2025, A. AG a déposé un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral (let. C.a). L'effet suspensif a été refusé le 6 mai 2025, le contrat ayant déjà été formellement conclu avec l'adjudicataire le 11 juillet 2024 (let. C.b).

B. Le droit

Le Tribunal fédéral ouvre son analyse par l'examen de la recevabilité du recours au regard de l'art. 83 let. f LTF. Il identifie l'existence d'une question juridique de principe, portant sur le caractère impératif — et non simplement potestatif — de l'exclusion d'un soumissionnaire ayant contrevenu aux prescriptions de formation du prix de l'offre en raison de transferts de coûts d'une ampleur significative (consid. 1.2.2 à 1.2.5).

La Haute Cour rappelle qu'elle ne rectifie les constatations de fait que si elles sont manifestement inexactes ou arbitraires, standard qui impose une contradiction claire avec la réalité ou l'absence de motif objectif pour justifier une censure (consid. 2 et 4.1).

L'arrêt confirme l'application matérielle des dispositions de l'Accord intercantonal sur les marchés publics révisé (AIMP 2019) au litige zurichois (consid. 3).

Sur le plan factuel, le Tribunal distingue l'interprétation des règles de prix (question de droit) de l'ampleur effective des transferts de coûts (question de fait) (consid. 4.3). Bien qu'un transfert de coûts d'environ CHF 1,1 million soit établi, les griefs d'arbitraire concernant les autres postes sont rejetés dès lors que l'écart de CHF 8 millions avec le second soumissionnaire ne modifie pas l'issue du classement (consid. 4.4 et 4.5).

Concernant le déroulement du marché, le Tribunal valide l'épuration des offres menée par le pouvoir adjudicateur au regard de l'art. 39 AIMP 2019, considérant que ces négociations techniques sont admissibles pour clarifier des offres complexes fondées sur des pronostics de quantités (consid. 5.4.1 et 5.4.2). Ces démarches ne doivent toutefois pas modifier les caractéristiques essentielles de la prestation ou viser à rendre conforme une offre qui ne l'était manifestement pas initialement (consid. 5.4.2 et 5.4.3).

Le raisonnement central de l'arrêt s'articule, enfin, autour de l'art. 44 al. 1 let. b AIMP 2019, dont la teneur — en prévoyant que le non-respect des exigences formelles *peut* entraîner l'exclusion — confère à l'autorité adjudicatrice une véritable marge d'appréciation (consid. 5.5.1). Le Tribunal fédéral souligne qu'une offre spéculative n'est pas illicite en soi pour autant que sa structure demeure traçable, et que l'autorité doit exercer ce pouvoir d'appréciation dans le respect des principes de proportionnalité et de l'interdiction du formalisme excessif (consid. 5.5.2 et 5.5.3). La Haute Cour précise toutefois que cette latitude trouve sa limite lorsque la manœuvre spéculative compromet les objectifs fondamentaux du droit des marchés publics : l'exclusion ne devient impérative qu'en présence d'un risque lié à l'adjudication (*Vergaberisiko*), à savoir d'un risque concret et significatif que la manœuvre spéculative altère l'ordre de priorité des offres (consid. 5.5.4).

Dans le cas concret, puisque l'offre de l'adjudicataire reste la plus économique même après intégration des gains spéculatifs, l'autorité n'a pas violé le droit en renonçant à l'exclusion (consid. 5.5.5).

Le recours est dès lors rejeté.

III. Analyse

L'arrêt 2C_207/2025 tranche, pour la première fois sous l'empire de l'AIMP 2019, la question de savoir si l'autorité adjudicatrice doit obligatoirement exclure d'office un soumissionnaire dont l'offre

contient des transferts de coûts spéculatifs en violation des règles de formation des prix, même lorsque, après correction hypothétique, cette offre reste économiquement la plus avantageuse. Rendu dans le cadre d'un marché de gros œuvre où le cahier des charges prohibait expressément tout transfert de charges entre positions, le jugement confronte l'exigence de transparence tarifaire et l'objectif d'utilisation économique des deniers publics.

Après avoir examiné les conditions de recevabilité ayant permis d'identifier une question juridique de principe (A), l'analyse qui suit examine la nature juridique et l'illicéité des transferts de coûts au regard des prescriptions de forme (B). Elle porte ensuite sur la délimitation du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur, en précisant les conditions du passage de la simple faculté à l'obligation d'exclusion (C). Elle se penche ensuite sur la licéité des procédures de purification technique des offres (D) avant d'envisager les conséquences pratiques et contractuelles pour les professionnels de la construction (E). Enfin, l'appréciation critique met en lumière les risques d'érosion de la discipline tarifaire induits par cette jurisprudence (F).

A. L'admission d'une question juridique de principe (Art. 83 let. f LTF)

Le Tribunal fédéral a jugé que le présent litige soulevait une question juridique de principe, justifiant ainsi l'entrée en matière malgré les restrictions habituelles en matière de marchés publics. Pour rappel, selon l'art. 83 let. f LTF, le recours en matière de droit public n'est recevable contre les décisions d'adjudication que si la valeur du marché dépasse les seuils critiques (ch. 2) et qu'une « question juridique de principe » se pose (ch. 1). La Haute Cour rappelle avec constance qu'une question ne remplit ce dernier critère que si sa résolution est nécessaire pour l'unification de la pratique et la sécurité juridique, dépassant ainsi le simple intérêt des parties au litige[1]. Il ne suffit pas qu'une question juridique soit inédite pour être qualifiée de « principe » ; elle doit appeler une clarification dont le poids est déterminant pour l'évolution du droit[2].

L'apport principal de l'arrêt 2C_207/2025 réside dans la précision des conditions dans lesquelles la faculté d'exclure se mue en véritable obligation d'exclusion. Jusqu'ici, la jurisprudence avait établi que l'adjudicateur pouvait exclure une offre pour violation des prescriptions de formation des prix ou en présence de transferts de coûts spéculatifs[3]. Le Tribunal fédéral ne s'était toutefois jamais prononcé avec la même clarté sur l'existence d'un éventuel droit du concurrent évincé à obtenir l'exclusion de l'offre irrégulière, ni sur les conditions précises imposant à l'adjudicateur de prononcer une telle mesure. En exigeant désormais une analyse structurée du risque d'altération du classement, l'arrêt affine le cadre dans lequel la simple faculté dégagée par l'art. 44 al. 1 let. b AIMP se transforme, dans des hypothèses circonscrites, en obligation juridique d'exclure.

En l'espèce, l'enjeu revêt une importance centrale pour la pratique, dans la mesure où il s'agit d'assurer la discipline tarifaire et l'égalité de traitement dans les marchés de construction complexes. Dans ces procédures, fondées sur des prix unitaires dépendant de prévisions de volumes, l'incertitude quant aux quantités effectivement exécutées ouvre la voie à des stratégies tarifaires opportunistes. Le Tribunal fédéral a dès lors estimé que la délimitation du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur face à de telles pratiques spéculatives constituait une question de principe susceptible d'influer sur un nombre significatif de rapports de droit en matière de commande publique.

La déclaration de recevabilité du recours au titre de l'art. 83 let. f LTF se justifie ainsi pleinement, la clarification apportée par l'arrêt s'inscrivant dans la continuité de la fonction unificatrice dévolue au Tribunal fédéral en matière de marché public.

B. Les transferts de coûts (*Kostenumlagerungen*)

Le transfert de coûts est une manœuvre par laquelle un soumissionnaire modifie artificiellement la répartition de ses charges. Elle consiste à maintenir délibérément certains prix unitaires à un niveau bas — la jurisprudence cite l'exemple des « prix d'un centime » (0.01 CHF)[4] — tout en déplaçant les coûts de main-d'œuvre ou de matériaux correspondants vers d'autres positions, telles que les installations de chantier ou des prix forfaitaires et globaux[5].

Juridiquement, ces manœuvres constituent une forme de spéculation visant à exploiter tactiquement des incertitudes de métrage ou des erreurs de pronostics dans le descriptif des

prestations (consid. 1.2.4). Le soumissionnaire substitue ainsi son propre pronostic de quantités à celui de l'adjudicateur : il surévalue les articles dont il anticipe une augmentation de volume et sous-évalue ceux dont il prévoit la diminution, le tout au « détriment financier final » de l'autorité[6].

Cette pratique contrevient directement au principe de l'accord sur les prix unitaires (art. 39 SIA-118), selon lequel les variations de quantités doivent se traduire par des variations de prix proportionnelles. En dénaturant la structure réelle des coûts, le soumissionnaire transforme le prix — qui doit être un instrument de mesure technique destiné à la mise en concurrence — en un outil de pari spéculatif[7]. Dès lors, l'offre perd sa fonction de dénominateur commun.

Si l'offre repose sur des artifices de calcul ou des rendements manifestement irréalistes destinés à masquer des transferts[8], elle devient objectivement incomparable (consid. 5.3). De plus, le maintien d'une telle offre fausse mathématiquement les notes des autres concurrents en « écrasant » indûment les écarts de prix réels lors de l'application de formules de notation relatives, violant ainsi les principes de transparence et d'égalité de traitement (art. 11 AIMP).

La jurisprudence qualifie les règles de formation des prix (telle que la clause 4.2 du cas d'espèce) d'exigences de forme essentielles et impératives[9]. Leur respect est primordial car elles constituent le seul socle permettant à l'adjudicateur d'obtenir un aperçu significatif de la structure tarifaire. L'exigence de sincérité s'étend aux tarifs horaires : l'application de tarifs identiques pour des fonctions distinctes (*Zeitmitteltarife*) est inadmissible si l'appel d'offres impose une différenciation raisonnable[10].

Une offre spéculative n'est pas illicite en soi tant qu'elle demeure traçable et que la comparabilité objective est préservée (consid. 5.5.2). La limite est franchie lorsque l'offre devient « non-sérieuse » (*unseriös*). C'est le cas lors de ruptures tarifaires brutales et injustifiées (par exemple, des honoraires chutant de 9 % à 1 % dès un certain palier) : l'offre, vidée de sa substance économique, est alors incomplète en ses points essentiels (*unvollständig*) et doit être impérativement exclue[11].

Selon le rapport explicatif de la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (ci-après : « la KBOB »), la maîtrise du transfert de coûts est essentielle pour prévenir le « risque de prix » et garantir que les prix unitaires correspondent à la valeur réelle des prestations[12]. L'adjudicateur doit être particulièrement vigilant sur les coûts salariaux et les installations de chantier, souvent utilisés pour camoufler des suppléments de prix[13]. En l'absence de telles règles, ou si des prix fictifs sont admis, l'adjudicateur perd sa protection contre les augmentations de coûts lors de modifications de commande selon les art. 86 ss SIA-118[14].

Pour neutraliser *ex ante* ces manœuvres, l'adjudicateur peut valablement déroger à l'art. 86 SIA-118 en stipulant que les prix unitaires restent fixes nonobstant toute variation de quantité. En cas de manquement avéré, le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation : l'exclusion devient obligatoire s'il existe une « probabilité considérable » que les transferts modifient le classement final (risque lié à l'adjudication). Si l'ordre de priorité reste inchangé après correction hypothétique, comme on le verra ci-après, l'autorité peut, par souci d'économie, renoncer à l'exclusion pour privilégier l'offre la plus avantageuse[15].

C. Le pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur face à l'exclusion

En vertu de l'art. 44 al. 1 let. b AIMP, le pouvoir adjudicateur dispose d'une compétence discrétionnaire lui permettant d'exclure un soumissionnaire dont l'offre ne satisfait pas aux exigences de forme essentielles, au nombre desquelles figurent les règles de formation des prix[16]. Le Tribunal fédéral souligne toutefois que le prononcé d'une exclusion n'est pas une sanction automatique mais une mesure d'*ultima ratio* qui doit impérativement respecter le principe de proportionnalité et éviter tout formalisme excessif[17]. Un manquement aux prescriptions de calcul ne justifie l'éviction définitive du candidat que s'il présente une « certaine importance » au regard du principe de l'égalité de traitement et de la comparabilité des offres, excluant ainsi les irrégularités mineures ou insignifiantes (consid. 5.5.1)[18].

Dans sa pondération entre le droit à l'exclusion revendiqué par un tiers évincé et la marge de

manœuvre de l'autorité, la Cour met en balance l'intérêt public à l'acquisition de l'offre la plus avantageuse économiquement (art. 41 AIMP) et la nécessité d'une rigueur procédurale stricte[19]. Le Tribunal fédéral limite l'obligation d'exclusion aux seuls cas où la violation des règles de prix est d'une gravité telle qu'elle compromet les objectifs centraux de la législation. A cet égard, l'exclusion ne devient impérative que si le manquement fausse le résultat de la mise au concours (consid. 5.5.4), transformant ainsi la simple faculté d'éviction découlant du libellé de l'art. 44 al. 1 let. b AIMP (« peut ») en une obligation juridique (consid. 5.5.4)[20].

Le critère décisif retenu par la Haute Cour pour fonder cette obligation réside dans l'analyse du risque sur le résultat du marché (*Vergaberisiko*).

A cet égard, le Tribunal fédéral opère une distinction fondamentale entre :

- Le « risque de prix », lié à l'évolution de la rémunération en phase d'exécution (coût final incertain). L'adjudicateur peut choisir d'assumer ce risque s'il dispose de l'expertise pour l'évaluer ou s'il le neutralise contractuellement, par exemple en dérogeant à l'art. 86 SIA-118 (consid. A.a *i.f.* et 5.5.4)[21]. L'exclusion de cette disposition agit ici comme une soupape de sécurité : elle ne vise pas à empêcher physiquement le transfert de coûts dans l'offre, mais à neutraliser son impact financier lors de l'exécution. En rendant les prix unitaires invariables, l'adjudicateur transforme la spéculation du soumissionnaire en un risque purement entrepreneurial que ce dernier assume seul ;
- Le « risque lié à l'adjudication », qui concerne l'impact de la spéculation sur le classement final des soumissionnaires.

L'exclusion ne devient impérative que s'il existe une « probabilité considérable » que la correction des transferts de coûts — par une simulation tenant compte des quantités réelles — entraîne une modification de l'ordre de priorité des offres (consid. 5.5.4)[22]. L'adjudicateur doit, lorsqu'une irrégularité tarifaire significative est établie, apprécier de manière vérifiable le risque d'une modification du classement, ce qui suppose en règle générale une simulation chiffrée (calcul de variantes) tenant compte des quantités réalistes ou des gains spéculatifs identifiés (consid. 5.5.4). En d'autres termes, il lui incombe de démontrer, au besoin à l'aide de tels calculs, que l'adjudicataire resterait au premier rang malgré la réalisation du scénario spéculatif, faute de quoi l'obligation d'exclure ne peut être écartée en toute sécurité juridique[23]. Dans le cas d'espèce, bien qu'un gain spéculatif potentiel d'environ CHF 1,1 million ait été identifié, l'écart financier global entre les deux premières offres demeurait massif (près de CHF 8 millions). Le rang des candidats restant inchangé même après l'intégration hypothétique de ce profit, l'adjudication n'était pas viciée (consid. 5.5.5).

Cette approche s'inscrit dans une jurisprudence pragmatique : l'autorité peut renoncer à l'exclusion pour privilégier l'aspect économique, tant que le manquement n'affecte que le montant de la facture finale et non l'équité de la sélection[24]. Cependant, si la structure de prix est si artificielle qu'elle en devient « non-sérieuse » (*unseriös*) ou qu'elle présente des ruptures tarifaires injustifiées, l'offre doit être considérée comme incomplète et l'exclusion s'impose, indépendamment de l'écart de prix[25].

D. La licéité des négociations (*Bereinigung*)

Conformément à l'art. 39 al. 1 AIMP, le pouvoir adjudicateur est habilité, voire doit mener des procédures de rectification et de clarification des offres afin d'identifier la plus avantageuse économiquement[26]. Cette phase de « purification » (*Bereinigung*) est jugée indispensable, particulièrement dans le cadre de marchés de construction complexes, où les descriptifs de prestations reposent sur des pronostics de quantités nécessitant d'être élucidés pour refléter la réalité de l'exécution (consid. 5.4.2). L'autorité a par ailleurs le devoir d'instruire les offres dont le prix ou le contenu paraissent inhabituels (art. 38 al. 3 AIMP), afin de s'assurer que le soumissionnaire a correctement compris l'objet du marché et qu'il est en mesure d'exécuter sa prestation sans risque pour la sécurité contractuelle[27].

Toutefois, l'exercice de cette prérogative est strictement encadré par le principe de l'intangibilité des offres. L'art. 39 al. 2 let. b AIMP interdit toute modification substantielle de la « prestation caractéristique » ou du prix total de l'offre. Ces limites visent à prévenir toute dérive vers des négociations de prix prohibées (marchandage) qui fausseraient la concurrence en permettant à un

candidat de réviser sa soumission de manière opportune[28]. Un point fondamental rappelé par la jurisprudence est que l'épuration ne peut en aucun cas servir à « guérir » une offre non conforme *ab initio* : si une soumission contrevient d'emblée à des exigences de forme impératives, elle doit faire l'objet d'une exclusion immédiate plutôt que d'une tentative de régularisation *a posteriori* (consid. 5.4.2)[29]. La phase de clarification ne saurait permettre de modifier la structure des prix ou les caractéristiques techniques essentielles d'une offre spéculative viciée dès le départ[30].

Dans le cas d'espèce, les quatre cycles de clarification et d'épuration technique menés par l'Hôpital universitaire de Zurich avec la société B. AG ont été jugés conformes au droit des marchés publics (consid. 5.4.3). Bien que ces échanges aient abouti à un prix net ajusté (passant de CHF 44'993'657,79 à CHF 46'157'210,51), le Tribunal fédéral a considéré qu'ils n'avaient pas violé le principe de l'égalité de traitement. Cette modification tarifaire était la conséquence directe de clarifications sur les modalités d'exécution de positions spécifiques, ce qui est admissible tant que l'essence de la prestation reste inchangée[31].

Ces tours de purification visaient spécifiquement à analyser la structure atypique des prix de l'adjudicataire — notamment concernant les positions relatives à l'acier d'armature et aux installations de chantier — et à confirmer que ces tarifs n'étaient pas le fruit d'une erreur de calcul, mais d'une stratégie commerciale délibérée (consid. 4.2.2 et 5.5.3). En procédant à cet examen détaillé, l'adjudicateur a rempli son obligation d'examen de plausibilité (*Plausibilitätsprüfung*), garantissant que l'offre, bien que spéculative sur certains points, demeurait viable et objectivement comparable aux autres soumissions déposées[32].

E. Perspectives pratiques pour les acteurs de la construction

Pour les autorités adjudicatrices, cet arrêt impose une obligation de diligence accrue dans le traitement des offres suspectées de transferts de coûts spéculatifs. Il ne suffit plus de constater l'irrégularité formelle lors de l'examen des offres ; l'adjudicateur doit désormais impérativement documenter l'impact hypothétique de ces manœuvres sur l'issue de la mise au concours (consid. 5.5.3 et 5.5.4). Cette analyse requiert la mise en œuvre de calculs de simulation permettant de vérifier si le classement des soumissionnaires resterait identique en cas de correction des prix unitaires litigieux ou de réalisation des quantités réelles prévisibles[33]. L'adjudicateur doit porter une attention particulière aux positions atypiques, telles que les installations de chantier ou les salaires, souvent utilisées pour camoufler des reports de charges[34]. Ce n'est que par cette « épreuve de résistance » du classement (*Vergaberisiko*) que l'autorité peut justifier valablement, au regard du principe de proportionnalité, le maintien d'une offre entachée de spéculation au détriment d'une éviction immédiate[35].

Du côté des soumissionnaires évincés, le Tribunal fédéral apporte un tempérament procédural essentiel concernant la charge de la preuve. Reconnaissant que le recourant n'a généralement pas accès au détail chiffré des offres concurrentes protégé par la confidentialité (art. 11 let. e AIMP) (consid. 5.5.6), la Haute Cour admet une réduction du degré de preuve : il suffit au recourant de rendre « hautement probable » que l'irrégularité tarifaire a effectivement vicié le classement final. Ce seuil de la probabilité qualifiée de modification de l'ordre de priorité devient le critère de succès du recours. Toutefois, si le manquement ne constitue qu'un « risque de prix » (surcoût final pour l'Etat) sans affecter la hiérarchie des offres, le concurrent évincé ne dispose d'aucun droit subjectif à l'exclusion de son rival[36].

Enfin, sur le plan de la rédaction des documents d'appel d'offres, l'arrêt souligne la pertinence stratégique d'écarter certaines normes professionnelles usuelles. L'exclusion explicite de l'art. 86 de la norme SIA 118, qui prévoit normalement l'adaptabilité des prix unitaires en fonction des variations de quantités dépassant 20 %, est confirmée comme un levier contractuel particulièrement efficace. En stipulant que les prix unitaires demeurent fixes nonobstant les écarts de métrage, l'adjudicateur parvient à neutraliser *ex ante* l'intérêt financier de la spéculation tout en assumant sciemment un « risque de prix » (surcoût final) au profit de la stabilité du résultat de l'adjudication (consid. 5.5.4)[37]. Son efficacité ne réside pas dans la prévention de l'acte de spéculation (comme le montre la présence de transferts de coûts en l'espèce), mais dans sa neutralisation économique. En « gelant » les prix unitaires, l'adjudicateur retire au soumissionnaire le bénéfice de sa manœuvre tactique, rendant

celle-ci inopérante pour fausser le coût final du marché. Cette précaution, couplée à une demande systématique d'analyses de prix pour les articles majeurs (art. 18 SIA 118), renforce la sécurité contractuelle et dissuade les calculs tactiques dès la phase de soumission.

F. Appréciation critique

Cet arrêt consacre une approche pragmatique qui privilégie l'efficacité économique, l'un des buts cardinaux de la législation sur les marchés publics[38]. En refusant d'imposer l'exclusion d'une offre pour une irrégularité de calcul n'ayant aucune incidence concrète sur le résultat de la mise au concours, le Tribunal fédéral évite une solution purement formaliste qui aurait contraint l'adjudicateur à contracter avec un soumissionnaire dont le prix était supérieur de près de CHF 8 millions. Cette solution protège les deniers publics et garantit que l'éviction reste une mesure d'u*ltima ratio*, respectant ainsi le principe de proportionnalité et l'interdiction du formalisme excessif tant que la hiérarchie des offres demeure stable[39].

Toutefois, cette décision soulève de sérieuses inquiétudes quant à la pérennité de la discipline tarifaire. En ne sanctionnant pas une spéculation avérée dès lors que l'écart de prix est massif, la Haute Cour crée une « zone grise » juridique. Cette tolérance à l'égard du « risque de prix » — au motif qu'il peut être géré contractuellement[40] — pourrait inciter les grands groupes de construction à soumettre des offres structurellement spéculatives. L'arrêt peut être perçu comme consacrant un certain « bouclier économique » : dès lors qu'un soumissionnaire s'assure une avance financière massive sur le prix total, il devient en pratique beaucoup plus difficile pour un concurrent évincé de démontrer, au degré de la probabilité qualifiée, que les manœuvres spéculatives ont effectivement modifié l'ordre de priorité. L'écart de prix (ici près de CHF 8 millions) tend alors à absorber mécaniquement l'impact des transferts de coûts identifiés (environ CHF 1,1 million), ce qui relativise la portée dissuasive de l'art. 44 al. 1 let. b AIMP sans toutefois l'anéantir formellement.

Il s'agit moins d'un affaiblissement textuel de la norme que d'un déplacement du centre de gravité du contrôle vers l'exigence probatoire pesant sur les concurrents évincés, ce qui, à moyen terme, pourrait réduire l'effet préventif des exigences de sincérité tarifaire. Comme le souligne la doctrine, le prix n'est pas seulement une valeur d'échange, mais un instrument de mesure technique servant d'unité de référence[41]. Permettre à un soumissionnaire de manipuler la structure de ses prix unitaires pour maximiser son profit sur les positions qu'il juge probables — tout en offrant des prix dérisoires sur les autres — revient à accepter une rupture de la « sincérité de l'offre ». A cet égard, l'approche du Tribunal fédéral semble plus permissive que celle de certaines autorités cantonales, qui n'hésitent pas à qualifier de non-sérieuse (*unseriös*) et d'« incomplète » une offre présentant des ruptures tarifaires brutales ou des calculs de coûts techniquement irréalisables, indépendamment de son avantage financier global[42].

En validant le maintien d'un adjudicataire conservant un gain spéculatif potentiel de CHF 1,1 million, le Tribunal fédéral affaiblit la portée dissuasive de l'art. 44 al. 1 let. b AIMP et privilégie l'efficience comptable immédiate. Le risque systémique est de voir se généraliser des tactiques de « transferts de coûts » que la KBOB tente précisément de combattre pour garantir la transparence et la comparabilité réelle des prestations. En définitive, si l'arrêt protège l'efficience économique à court terme, il sacrifie une part de la rigueur procédurale nécessaire à l'équité du système sur le long terme.

[1] ATF 146 II 276, consid. 1.2.1 ; ATF 141 II 14, consid. 1.2.2.1 et les références.

[2] ATF 143 II 425, consid. 1.3.2.

[3] Arrêt 2C_365/2022 du 19 janvier 2023, consid. 7.2 ; 2C_782/2012 du 10 janvier 2013, consid. 1.1.2 et 2 ; 2D_34/2010 du 23 février 2011, consid. 2.4.

[4] Arrêt du TF 2C_365/2022, consid. 7.3.

[5] Arrêt du TF 2C_782/2012 du 10 janvier 2013, consid. 2.1. Pour un cas de transfert vers une position forfaitaire, voir l'arrêt du TF 2C_292/2024 du 30 avril 2025, consid. 4.4.2, ayant confirmé le raisonnement du Tribunal administratif du canton des Grisons dans la cause U 23 87 du 28 mai 2024,

consid. 8.3 et 10.3 qui avait retenu qu'une affectation disproportionnée (en l'espèce 47 % du poste « installations de chantier ») à une sous-position globale constituait un transfert de coûts manifeste, justifiant une réduction de points au titre de la plausibilité de l'offre.

[6] Arrêt du TF 2C_782/2012, consid. 1.1.2.

[7] Arrêt du TF 2C_365/2022 du 19 janvier 2023, consid. 7.3.

[8] Arrêt du TF 2D_34/2010 du 23 février 2011, consid. 2.4.

[9] Arrêt du TF 2C_365/2022, consid. 7.2 ; 2D_34/2010, consid. 2.4.

[10] Arrêt du TAF B-3204/2020 du 23 décembre 2020, consid. 4.4.3.

[11] Arrêt du Tribunal administratif de Zurich VB.2008.00339 du 14 janvier 2009 ; voir aussi ATF 143 I 177, consid. 2.4 (exclusion pour carence grave).

[12] KBOB, Recommandations relatives aux transferts de coûts dans les offres, Rapport explicatif, v2.0, 1er mars 2024, p. 1-2 (cit. : KBOB, Rapport explicatif).

[13] KBOB, Rapport explicatif, p. 3 (Recommandation 1).

[14] KBOB, Recommandations relatives aux transferts de coûts dans les offres, v2.0, 1er mars 2024, art. 4 (cit. : KBOB, Recommandations)

[15] Arrêt du TF 2C_782/2012 du 10 janvier 2013, consid. 2.

[16] Arrêt du TF 2C_365/2022 du 19 janvier 2023, consid. 7.2 ; 2D_34/2010 du 23 février 2011, consid. 2.4.

[17] ATF 145 II 249, consid. 3.3 ; ATF 141 II 353, consid. 3 ; Claudia Schneider Heusi, « Die Bewertung des Preises », in : Zufferey/Beyeler/Scherler (éd.), *Aktuelles Vergaberecht 2018*, Zurich 2018, p. 327 ss, spé. 354, n. 71 et 73.

[18] ATF 143 I 177, consid. 2.3.1.

[19] DOMENICO DI CICCO, *Le prix en droit des marchés publics*, thèse Fribourg, Zurich 2022, n. 453 à 454.

[20] MARTIN BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurich 2012, n. 2358 ; cf. ég. arrêt de la Cour de droit public du Tribunal cantonal du Valais A1 13 287, du 15 novembre 2013, consid. 5.1.

[21] KBOB, Recommandations, art. 4.

[22] Arrêt du TF 2C_782/2012 du 10 janvier 2013, consid. 2.3.

[23] KBOB, Rapport explicatif, p. 1-2.

[24] Arrêt du TAF B-2599/2016 du 17 août 2016 consid. 4

[25] Arrêt du Tribunal administratif de Zurich VB.2008.00339 du 14 janvier 2009, consid. 3.

[26] ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2e éd., Berne, 2023, n. 625.

[27] CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, *op. cit.*, p. 354, n. 73.

[28] Voir sur l'ensemble de la question : Alexis Leuthold, *Offertverhandlungen im öffentlichen Vergabeverfahren*, Zurich 2009 ; Christoph Jäger, « Technische Verhandlungen : Bereinigung der Angebote nach Art. 39 BöB 2019/IVöB 2019 », in : Zufferey/Beyeler/Scherler (éd.), *Aktuelles Vergaberecht 2020*, Zurich 2020, p. 387 ss. Pour un cas d'application : arrêt du Tribunal administratif de Zurich VB.2024.00136 du 13 juin 2024, lequel a confirmé l'exclusion d'un soumissionnaire dont la réduction de prix, opérée lors de clarifications techniques, n'était pas la conséquence causale d'une modification de la prestation, mais constituait un rabais dissimulé illicite (*verdecktes Abgebot*).

[29] Message AIMP-19, p. 79.

[30] Arrêt du Tribunal cantonal d'Uri OG V 24 5 du 16 octobre 2024, consid. 3.5.2.

[31] Christoph Jäger, *op. cit.*, n. 56.

[32] Claudia Schneider Heusi, *op. cit.*, p. 355 s., n. 77 à 80.

[33] KBOB, Recommandations, art. 3 ; cf. ég. KBOB, Rapport explicatif, p. 1-2.

[34] KBOB, Rapport explicatif, p. 3 (recommandation 1).

[35] Claudia Schneider Heusi, *op. cit*., p. 354, n. 72.

[36] Arrêt du TF 2C_782/2012 du 10 janvier 2013, consid. 2.3 ; arrêt du TAF B-2599/2016 du 17 août 2016, consid. 4.

[37] KBOB, Recommandations, art. 4.

[38] Art. 2 let. a et art. 41 AIMP 2019 ; cf. ég. Domenico Di Cicco, *op. cit*., n. 453 à 454

[39] ATF 145 II 249 consid. 3.3 ; Claudia Schneider Heusi, *op. cit*., p. 329, n. 2.

[40] En l'occurrence, par une dérogation à l'art. 86 SIA-118.

[41] Domenico Di Cicco, *op. cit*., n. 34 à 36.

[42] Arrêt du Tribunal administratif de Zurich VB.2008.00339 du 14 janvier 2009, consid. 3 (exclusion d'une offre pour des taux d'honoraires chutant de 9 % à 1 %) ; arrêt du Tribunal cantonal d'Uri OG V 24 5 du 16 octobre 2024.

Proposition de citation

Léonard Bruchez, Transferts de coûts : entre pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur et obligation d'exclusion du marché, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_207/2025, Newsletter immodroit.ch mars 2026