

Marchés publics: une course semée d'embûches



TEXTE: ME OLIVIER RODONDI
AVOCAT, DOCTEUR EN DROIT



Introduction

Le 12 décembre 2012, la Cour des comptes du canton de Vaud a rendu un rapport sur «Les conditions concurrentielles appliquées aux marchés publics des communes».

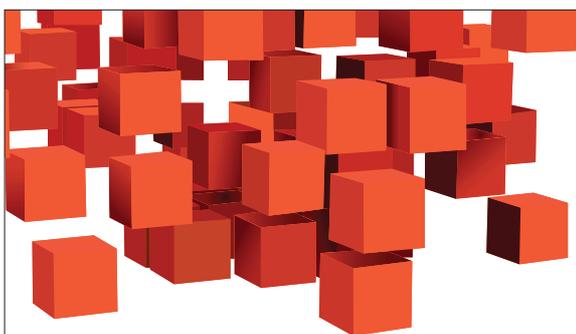
Procédant à l'analyse de cas concrets de marchés publics dans huit communes de taille moyenne, la Cour a mis en lumière toute une série de problèmes, lesquels témoignent de la complexité de la réglementation, voire de sa méconnaissance; et ce malgré le fait qu'il est apparu aux yeux de ses membres que les acteurs concernés faisaient les efforts nécessaires pour respecter les grands principes en la matière (principes de non-discrimination

et d'égalité de traitement, de concurrence efficace et de transparence, cf art. 6 LVMP). Un marché public se conclut à la suite d'une procédure, que l'on appellera ici «procédure de marché public». Cela va peut-être de soi pour certains, mais pas forcément pour tous. Cette procédure se caractérise par une suite d'exigences qui rendent pour l'organisateur le processus d'attribution compliqué parfois fastidieux. Cette contribution n'a pas la prétention de présenter, même sous une forme résumée, toutes les contraintes procédurales qui émaillent le chemin du pouvoir adjudicateur jusqu'à la décision d'adjudication. Cela dit, quelques informations pratiques sur certaines étapes de la procédure peuvent être données.

1. L'acquisition de la prestation par la commune est-elle soumise au droit des marchés publics?

Les marchés publics des communes sont régis par la loi vaudoise sur les marchés publics (LVDMP) et par son règlement d'application (RVDMP) A ce titre, la commune intervient comme pouvoir adjudicateur et doit respecter ces règles lesquelles s'imposent à elle. Cela dit, qu'est-ce qu'un marché public? La commune est-elle demanderesse de biens ou services auprès d'une ou plusieurs entreprises privées afin d'acquiescer les moyens dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques? Répondre par l'affirmative ne souffre d'aucune discussion dans la très grande majorité des cas. Cependant il existe des marchés où l'assujettissement à la loi est sujet à caution, voire nié, comme par exemple la délégation par contrat d'une tâche de droit public par une commune à une autre (ramassage des déchets). En présence de situations complexes, il sied alors de procéder à une analyse fine.

Pour être assujettie au droit des marchés publics, la commune doit ensuite se demander si la prestation requise tombe dans la définition d'un marché de construction, de fournitures ou de service (art. 4 LVDMP). Si tel est le cas, elle doit enfin estimer financièrement cette prestation pour savoir si celle-ci va faire l'objet d'une pleine mise en concurrence (procédure ouverte ou sélective, cf art. 7 al. 1 lit. a et b LVDMP), d'une mise en concurrence restreinte (procédure sur invitation, art. 7 al. lit. bbis LVDMP) ou d'une adjudication de gré à gré (art. 7 al.1 lit. c LVDMP). En d'autres termes, la commune doit évaluer la valeur du marché, ce qui n'est pas sans soulever



Veranstalter/
Organisateur

BERNEXPO
GRUPE

Patronat/
Patronage

Schweizerischer Städteverband
Union des villes suisses
Unione delle città svizzere



Schweizerischer
Gemeindeverband | Association des
Communes Suisses



SUISSE PUBLIC

Schweizer Fachmesse für öffentliche Betriebe + Verwaltungen
Exposition suisse pour les collectivités publiques

Bern, 18. – 21.6. 2013

Messeplatz | Site d'exposition
www.suissepublic.ch

Ermäßigtes SBB RailAway-Kombi.
Offre RailAway CFF à prix réduit.

SBB CFF FFS

Ibero

Marchés publics: une course semée d'embûches

quelques difficultés notamment lorsque la prestation mise en soumission appelle le concours de divers intervenants.

Certes, il existe des situations où les réponses à ces questions sont simples, par exemple le projet d'une commune d'entreprendre des travaux de réfection d'une route ou de recourir aux services d'un mandataire externe pour une tâche déterminée. Cependant, d'autres situations revêtent à ce stade déjà une certaine complexité, complexité qui mérite alors peut-être l'intervention d'un spécialiste pour ne pas se fourvoyer et éviter, dès les premiers stades de la procédure, de partir sur une fausse piste.

2. Planification

Au moment de se lancer dans une procédure de marché public, le pouvoir adjudicateur, indépendamment des incertitudes politiques liées à l'obtention du financement du projet, a devant lui une feuille de route vierge, si l'on peut dire, qu'il doit remplir en s'assurant que les opérations qu'il va mener jusqu'à l'entrée en force de la décision d'adjudication ont été listées et planifiées sur une période suffisamment longue. De la sorte, l'adjudicateur pourra appréhender les étapes de la procédure avec sérénité et confort. Les soumissionnaires, quant à eux, disposeront de suffisamment de temps pour déposer une offre respectant toutes les exigences du dossier d'appel d'offres (ci-après aussi: cahier des charges).

Le souci d'une planification cohérente et respectueuse des délais réglementaires, notamment ceux prévus entre la publication de l'appel d'offres et la présentation d'une offre (art. 19 et 20 RVDMP), implique que la commune tienne compte, dans son calendrier des opérations, non seulement du délai de 10 jours prévu par la loi pour recourir contre la décision d'adjudication, mais également de la période de traitement du recours si l'effet suspensif a été accordé. Cette période varie dans le canton de Vaud entre un et trois mois.

Aussi, pour éviter toutes mauvaises surprises ou de se faire reprocher une lacune dans la planification temporelle du marché, il est conseillé d'établir, dès l'entame du projet, un «calendrier à rebours» qui aurait comme premier jalon la date de l'arrêt – éventuel- de l'autorité judiciaire (dans le canton de Vaud: la Cour de droit administratif et public du Tri-

bunal cantonal vaudois ou CDAP) et comme dernier la date de parution sur SIMAP de l'appel d'offres.

3. Des critères arrêtés et pondérés en fonction de la prestation mise en soumission

Pour la rédaction du dossier d'appel d'offres, les communes font régulièrement leur une partie des informations contenues dans le Guide romand sur les marchés publics. Pratiques et précieuses, ces informations doivent néanmoins être adaptées au marché qui est mis en soumission, notamment les critères d'adjudication, lesquels ont pour but de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse au sens de l'article 37 RVDMP.

A cet égard, l'audit mené par la Cour des comptes a montré que certaines communes ignoraient que l'adjudication ne pouvait pas intervenir exclusivement selon le critère du prix le plus bas, à l'exception des biens largement standardisés (art. 37 al. 5 RVDMP).

Ainsi, l'adjudicateur établit en règle générale une liste de critères qu'il doit par ailleurs pondérer de manière cohérente de sorte que cela soit adapté à la complexité du marché. Ainsi, pour une prestation ou un service qui ne revêt pas de difficulté particulière, le prix a une pondération élevée (60 à 80 %). Dans le cas contraire, le prix peut avoir une pondération basse; les autres critères, comme les références, la qualité technique de l'offre, l'organisation du soumissionnaire pour le marché, le respect du planning d'exécution, la composante environnementale ayant alors un poids plus conséquent.

Pour respecter le principe de transparence de la procédure, le pouvoir adjudicateur est tenu d'indiquer ou d'énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères et sous-critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions. Ce faisant, la commune fixe les «règles du jeu», lesquels ne sauraient être modifiées en cours de procédure. Les critères ou les sous-critères annoncés ne peuvent être modifiés après le retour des offres. Il en va de même de l'ordre d'importance ou de la pondération. Le principe de la transparence de la procédure impose également au pouvoir adjudicateur d'annoncer à l'avance, soit au moment de l'appel d'offres ou alors dans les documents de soumission, la méthode d'évaluation du critère du prix qu'elle choisit (art. 13 al. 1it. I RVDMP). Enfin, pour éviter que la



commune essuie des critiques au sujet d'une apparence de manipulation du marché, la méthode d'évaluation des autres critères doit être arrêtée avant le retour des offres.

4. L'ouverture des offres et les opérations liées à leur évaluation

Le délai de remise des offres fixé par le pouvoir adjudicateur est une exigence essentielle de la procédure que les soumissionnaires doivent impérativement respecter sous peine de se voir exclus pour la suite. Si la Commune indique que le retour des offres est fixé tel jour à 17 heures, une offre reçue à 17h05 doit être exclue.

Les offres rentrées dans les délais sont ouvertes à la date, à l'heure et au lieu indiqués dans le cahier de charges par au minimum deux représentants de l'adjudicateur. Un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres, procès-verbal qui doit contenir certaines informations (art. 31 al. 1 et 2 RVDMP). Dans un arrêt du 27 septembre 2012, la CDAP a reproché au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir respecté les exigences du RVDMP au sujet du procès-verbal d'ouverture des offres (nom des soumissionnaires, date de réception des offres, variante et prix de celle-ci), renonçant toutefois à annuler pour ce seul motif la décision d'adjudication en invoquant la prohibition du formalisme excessif. Il n'en demeure pas moins que l'étape de l'ouverture des offres, comme l'a d'ailleurs relevé la Cour des comptes dans son rapport, est un passage-clé de la passation des marchés publics. Une omission ou une imprécision dans le procès-verbal peut en effet remettre en cause l'équilibre voire la légitimité de toute la procédure sous l'angle de la transparence et de l'égalité de traitement. Les communes ne sauraient en conséquence négliger cette étape.

Marchés publics: une course semée d'embûches

Une fois recevables, les offres sont examinées sur le plan technique et arithmétique d'après les critères qui ont été posés. Les erreurs évidentes de calcul ou d'écriture sont corrigées (art. 33 al. 1 et 2 RVDMP). Il arrive parfois que l'adjudicateur sollicite les soumissionnaires pour modifier, après le retour de leur offre, le contenu de celle-ci, en raison par exemple d'une adaptation du projet mis en soumission. Or, comme il s'agit d'une entorse au principe de l'intangibilité des offres après leur retour, les modifications demandées ne peuvent être que d'importance secondaire, tous les soumissionnaires devant au surplus être invités à cette nouvelle étape de la procédure et bénéficier du même temps pour remettre une offre revue ou modifiée.

Dans le processus d'attribution des notes, le pouvoir adjudicateur doit respecter le principe de l'égalité de traitement. Cela implique que les notes données soient fondées sur des critères objectifs, partant susceptibles d'être explicités. En d'autres termes, la notation doit être traçable. Pour cela, il

établit en règle générale un tableau multicritères qui, d'une part, présente les notes pondérées et attribuées à chaque candidat, d'autre part, permet de déterminer lequel des soumissionnaires a présenté, au final, l'offre économiquement la plus avantageuse. En pratique toutefois, ce tableau ne suffit pas pour assurer la compréhension et la traçabilité de la notation. Il est ainsi nécessaire que le pouvoir adjudicateur rédige un rapport final rappelant les diverses étapes de la procédure et expliquant en détail les notes de chaque soumissionnaire en rapport avec les critères. Dans l'attribution des notes, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation, lequel est d'autant plus large si le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques particulières. Il s'ensuit que, lorsqu'un recours est déposé sur les notes, l'autorité judiciaire saisie fait preuve d'une certaine retenue; et ce n'est que si celle-ci est confrontée à un abus ou à un excès de ce pouvoir d'appréciation qu'elle interviendra pour sanctionner l'interdiction de l'arbitraire.



5. Les décisions de l'adjudicateur et le recours

Suivant le type de procédure qu'il choisit, l'adjudicateur est amené à prendre plusieurs décisions sujettes à recours. La décision, qui dans la grande majorité des cas est la cible d'un recours, est celle annonçant l'adjudication, respectivement

entrepreneurs!

fédération vaudoise

Vous construisez,
transformez
ou rénovez?

Nos membres
sont à votre service

Fédération vaudoise des entrepreneurs
www.fve.ch

l'éviction du marché. Cela étant, d'autres décisions sont susceptibles d'être entreprises en justice, notamment celles concernant le choix des participants à la procédure sélective, l'exclusion de la procédure, son interruption, la révocation de la décision d'adjudication et l'appel d'offres.

Les décisions de l'adjudicateur sont en principe notifiées individuellement à chacun des candidats ayant participé à la procédure. Cette décision doit être signée par le pouvoir adjudicateur et non par ses mandataires. C'est en effet lui et lui seul qui peut notifier cette décision administrative, laquelle doit au surplus expressément mentionner les voies de recours. Le délai de recours commence à courir dès la réception par l'intéressé de la décision, sous réserve de l'appel d'offres où ce délai commence à courir dès la parution sur SIMAP.

Contrairement au délai de 30 jours qui prévaut en procédure administrative, le délai de recours en droit cantonal des marchés publics est de 10 jours et il n'y a pas de férie judiciaire.

Le dépôt d'un recours revêt souvent un caractère vexatoire pour la commune; celle-ci n'appréciant guère que les efforts consentis et le travail entrepris soient remis en cause par un ou plusieurs soumissionnaires. Pire, le recours empêche la conclusion du contrat avec le partenaire choisi, puisque celui-ci est toujours doublé d'une demande d'effet suspensif que la CDAP accorde quasi systématiquement, en tout cas dans un premier temps. La procédure de recours retarde donc l'exécution de la prestation, voire même, dans le domaine de la construction, peut paralyser le chantier en cours. C'est par conséquent souvent dans de telles circonstances que le pouvoir adjudicateur invoque l'urgence pour requérir du juge saisi la levée de l'effet suspensif. Dans le canton de Vaud, ce moyen est toutefois rarement accueilli favorablement au motif précisément que l'urgence invoquée s'explique par une carence dans la planification temporelle du marché (cf. chiffre 2 ci-dessus).

6. Conclusion

Dire qu'une procédure de marchés publics est une course semée d'embûches ne relève pas uniquement de la boutade! Le praticien de cette matière le sait trop bien. Que cela soit le technicien communal, le mandataire externe, le juriste ou l'avocat: tous savent que se frotter à cette matière n'est pas une sinécure et induit même parfois de grands moments de solitude. Le droit vaudois des marchés publics est entré en vigueur le 1er décembre 1997,

soit il y a plus de quinze ans. Si le temps a quelque peu lissé voire gommé certaines erreurs de jeunesse ou incompréhensions, partant amélioré la qualité des procédures, la pratique de ces dernières années a mis en évidence de nouveaux thèmes de discussion. Parmi ceux-ci, le recours à la procédure de gré à gré; les concours; la définition des spécifications du marché, les marchés de construction en entreprise générale. Aujourd'hui, les problèmes de sous-traitance et de dumping salarial sont au centre de toutes les attentions. Les médias en font régulièrement état et les politiques, conscients des impacts socio-économiques, ont mis en place ou réfléchissent à instaurer un régime de responsabilité solidaire entre l'adjudicataire et les sous-traitants.

En l'état actuel de la réglementation, il importe que les communes s'assurent que les soumissionnaires et leurs sous-traitants respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (art. 6 al. 2 lit. a et b RVDMP).

Dans son rapport, la Cour des comptes préconise que les communes se voient offrir une formation pour améliorer leurs connaissances en la matière ou pour acquérir certains réflexes face à cette procédure qui est exigeante. C'est dans cette optique que l'UCV a pris la décision d'organiser des soirées d'information au cours desquelles le soussigné veillera, dans la mesure du possible, à présenter plus en détail les thèmes qui précèdent et à répondre aux interrogations des participants ■

Comme le précise Me Rodondi dans son article, l'UCV organise sur ce thème 3 soirées d'information qui auront lieu les jeudis 19 et 26 septembre, ainsi que le jeudi 3 octobre 2013 de 18h30 à 20h30 environ.

Un bulletin d'inscription vous parviendra d'ici à la fin juin. Me Rodondi qui animera ces séances répondra à vos questions à cette occasion.