

NEWSLETTER SEPTEMBRE 2018

DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

LA PROCÉDURE DITE DE GRÉ A GRÉ COMPARATIF A ÉTÉ FORMELLEMENT INTRODUE DANS LE DROIT VAUDOIS DES MARCHÉS PUBLICS EN 2017. SI CET INSTRUMENT RÉPOND A UN RÉEL BESOIN DES ADJUDICATEURS, CES DERNIERS DEVRONT TOUTEFOIS FAIRE PREUVE DE PRUDENCE DANS SON APPLICATION. SUR UN AUTRE ASPECT, DES DISPOSITIONS VISANT PRINCIPALEMENT À ACCÉLERER LES PROCÉDURES DE RECOURS SONT RÉCEMMENT ENTRÉES EN VIGUEUR.

*Yasmine Sözerman, avocate,
LL.M. (Columbia Law School)*

1. La procédure de gré à gré comparatif

Le 1er juillet 2017, l'art. 7 al. 1er let. c de la loi vaudoise sur les marchés publics (LMP-VD) introduisait formellement la procédure de gré à gré comparatif.

La procédure de gré à gré comparatif (ou concurrentiel) est un cas spécial de procédure de gré à gré. A certaines conditions, elle autorise l'adjudicateur à demander des offres à plusieurs soumissionnaires de son choix, à les comparer et à négocier dans le cadre d'une procédure sans formalisme.

Comme pour les autres procédures applicables aux marchés publics, l'objectif est bien entendu éco-

nomique puisqu'une telle procédure permet l'adjudication de la prestation recherchée au meilleur prix et ainsi l'utilisation rationnelle des deniers publics.

L'adjudicateur devra toutefois respecter les conditions suivantes :

(1) Premièrement, le gré à gré comparatif ne peut bien entendu être appliqué que dans la limite des seuils applicables à la procédure de gré à gré soit jusqu'à CHF 100'000 pour les marchés de fournitures, jusqu'à CHF 150'000 pour les marchés de services et de second œuvre et jusqu'à CHF 300'000 pour les marchés de gros œuvre.

(2) Deuxièmement, cette procédure ne peut in-

tervenir que dans le cadre de **marchés simples pour lesquels le critère du prix est seul déterminant**. Le corollaire de ce principe est que le gré à gré comparatif n'est pas applicable à des marchés portant sur des prestations présentant une certaine complexité car l'adjudication du marché dépendra alors souvent de l'aspect qualitatif de ces prestations.

(3) Enfin, le recours à la procédure de gré à gré comparatif ne signifie pas que l'adjudicateur se retrouve dans une zone de non droit.

D'une part, il devra respecter les **principes de la transparence, de l'interdiction de l'arbitraire, de la bonne foi et d'une procédure équitable**.

D'autre part, l'adjudicateur devra veiller à **ne pas créer chez les soumissionnaires qu'il démarché l'impression qu'il a en réalité choisi d'appliquer la procédure sur invitation**.

En effet, lorsqu'il se trouve dans une situation où la procédure de gré à gré serait possible, l'adjudicateur peut choisir de se soumettre à une procédure permettant une mise en concurrence plus étendue. Il pourrait donc opter pour une procédure sur invitation.

Une fois la procédure choisie, l'adjudicateur est toutefois tenu d'appliquer les règles qui la régissent. En cas de procédure sur invitation, cela implique le respect du principe d'égalité de traitement entre les concurrents, l'obligation de motiver l'adjudication par rapport aux critères annoncés, l'interdiction de négocier et la possibilité de recourir contre l'adjudication.

En d'autres termes, l'adjudicateur ne pourra pas donner l'impression aux soumissionnaires que la procédure sur invitation est applicable puis, par exemple, ne pas respecter les critères d'évaluation

arrêtés ou soutenir que la décision d'adjudication n'est pas sujette à recours.

Une telle impression pourra par exemple provenir du fait que l'adjudicateur aura informé tous les soumissionnaires démarchés qu'il les met en concurrence et que leurs offres seront évaluées sur la base de critères qu'il annonce.

Au contraire, dès le début du processus, les adjudicateurs devront adopter un comportement transparent en indiquant clairement aux soumissionnaires qu'ils appliquent une procédure de gré à gré comparatif.

Il faudra en outre éviter d'utiliser des termes relevant d'autres procédures comme celui d'« appel d'offres » ou de procéder à des actes pouvant prêter à confusion, en établissant par exemple un procès-verbal d'ouverture des offres. Comme indiqué ci-dessus, le seul critère devra être celui du prix. Un adjudicateur qui prendrait en compte d'autres critères pourrait se voir reprocher d'appliquer une procédure sur invitation sans en respecter les règles formelles et ouvrir ainsi la voie à des recours.

2. Effet suspensif et durée de la procédure

Le 1er avril 2018, plusieurs modifications concernant le régime de l'effet suspensif en matière de marchés publics sont entrées en vigueur en droit vaudois.

Le principe reste le même, à savoir que le recours n'a en principe pas d'effet suspensif contrairement à ce qui prévaut de manière générale en procédure administrative. L'autorité de recours peut toutefois l'accorder, d'office ou sur requête, pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et si aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 12 al. 1er et 2 LMP-VD).

Si l'effet suspensif est accordé par l'autorité, les parties et en particulier l'adjudicateur ont souvent un intérêt considérable à ce que la procédure soit rapidement liquidée pour éviter les surcoûts considérables résultant de retards.

Le droit vaudois prévoit à cet égard plusieurs nouveautés :

(1) La décision accordant l'effet suspensif devient automatiquement caduque si l'autorité de recours n'a pas statué dans un délai de trois mois dès la clôture de l'instruction (art. 12 al. 2bis LMP-VD) ;

(2) Si le marché porte sur un objet présentant un **intérêt public majeur pour le canton ou résultant d'une obligation constitutionnelle ou légale**, l'autorité réexaminera d'office la décision accordant l'effet suspensif à la clôture de l'instruction (art. 12 al. 3 LMP-VD).

Les notions d'intérêt public majeur ou de marché résultant d'une obligation constitutionnelle ou légale sont peu claires. Si la première semble viser les grands projets cantonaux (et non communaux) du type gymnase, hôpitaux, musées, etc., l'on voit mal quelles sont les limites posées par la seconde. En effet, les marchés publics régissent l'acquisition de biens et de services nécessaires à l'accomplissement d'une tâche publique qui résultera a priori toujours d'une obligation constitutionnelle ou légale.

(3) Comme auparavant, si l'effet suspensif est accordé au recours et qu'il est de nature à causer un préjudice important, l'art. 12 al. 3 LMP-VD permet d'astreindre le recourant à fournir des **sûretés**. Avec le nouveau droit, celles-ci pourront non seulement couvrir les frais et dépens de la procédure mais également le préjudice subi par les parties adverses. L'autorité ordonnant la fourniture de sûretés impartira un délai pour ouvrir action au fond devant la justice civile, faute de quoi les sûretés seront libérées (art. 12 al. 3bis LMP-VD).

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Reymond & Associés ou l'un des avocats susmentionnés répondra volontiers à vos questions.

La difficulté résidera ici dans la preuve du montant du préjudice subi par les autres parties, par exemple les surcoûts liés au retard dans l'exécution des travaux adjugés.

(4) Enfin, toujours dans un souci de rendre la procédure plus rapide, le nouvel art. 12a LMP-VD dispose que l'autorité de recours statue **dans les six mois** dès le dépôt du recours lorsque le marché porte sur un objet présentant un intérêt public majeur.

Les effets concrets d'une telle disposition nous semblent d'emblée limités. Non seulement la loi ne précise pas quel marché présente un intérêt public majeur, de telle sorte que l'adjudicateur devra commencer par plaider cet aspect auprès de l'autorité de recours. Mais il s'agit en outre d'un simple délai d'ordre. L'on voit mal quelles pourraient être les conséquences concrètes de son non-respect. En effet, dans les cas où la loi prévoit un délai d'ordre pour statuer, le Tribunal fédéral considère en règle générale que le délai peut être « prolongé » et fait preuve de retenue quant à l'admission d'un recours pour déni de justice.

Pour plus d'informations:

Me Yasmine Sözerman, avocate, LL.M. (Columbia Law School) (sozerman@jmrlegal.ch)