

RÉPONSE DU CONSEIL D'ETAT

à l'interpellation Fabienne Despot - Le Conseil d'Etat a-t-il assuré un suivi suffisamment rigoureux de la procédure d'adjudication des travaux de construction de l'Hôpital Riviera-Chablais afin d'éviter les retards subis actuellement par le projet ?

Rappel

Le 27 août 2014, la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal a rendu un arrêt annulant la décision de l'Hôpital Riviera-Chablais d'adjuger les travaux de construction d'un nouvel établissement hospitalier à Rennaz à l'entreprise Steiner.

Selon l'arrêt, l'annulation de la décision d'adjudication se justifie notamment par le fait qu'elle est entachée d'une "violation des principes cardinaux des marchés publics, que sont l'intangibilité des offres, la transparence et l'égalité de traitement entre les soumissionnaires".

Un membre de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal a rendu un avis minoritaire, lequel se distingue de l'arrêt, pour l'essentiel, par l'importance accrue accordée au principe de proportionnalité. Cela étant, le juge minoritaire rappelle notamment qu'aucun des cinq participants à la procédure n'a produit toutes les garanties bancaires requises, ce qui a conduit le pouvoir adjudicateur à neutraliser le critère des garanties bancaires. A ce sujet, le juge minoritaire émet une appréciation sévère : "Le fait de neutraliser définitivement ce critère n'était toutefois pas admissible compte tenu de l'étendue du marché, qui ne saurait être adjugé à une entreprise qui n'aurait pas la capacité financière (y compris les garanties nécessaires) à l'assumer. On ne peut que s'étonner de ce que le pouvoir adjudicateur n'ait pas insisté et exigé de tous les soumissionnaires la production intégrale des garanties, en excluant ensuite les éventuels soumissionnaires qui n'auraient pas été en mesure de les produire".

En fait, le juge minoritaire considère que le pouvoir adjudicateur aurait dû demander à tous les soumissionnaires de produire les garanties bancaires. Comme cela n'a pas été fait, le juge minoritaire estime que "la production de ces documents aurait pu se faire dans le cadre d'un complément d'instruction sur ce point en cours de procédure de recours – les parties étant toutes invitées à produire tous les documents requis puisqu'aucune d'elles n'avait remis toutes les garanties – sans passer par une annulation. Voire à la rigueur dans le cadre d'un renvoi de la cause à l'autorité pour qu'elle-même procède à ce complément d'instruction. Puis, en cas de production des garanties par Steiner, les recours auraient dû être rejetés (...). Si Steiner n'avait par contre pas été en mesure de produire les garanties requises, elle aurait dû être exclue".

En résumé, il ressort de ce qui précède que l'avis minoritaire est plus nuancé que ce que certains responsables politiques ont prétendu publiquement. En particulier, le juge minoritaire ne préconise d'aucune manière une adjudication automatique et immédiate des travaux à Steiner. Au contraire, il estime que les travaux ne doivent être adjugés à Steiner que dans l'hypothèse où cette entreprise est

apte à produire les garanties bancaires, ce qui n'est pas démontré en l'état. Les divergences juridiques semblent se situer dans une tout autre configuration que celle d'une lutte séculaire entre juridisme et bon sens.

Dans 24 heures du 2 octobre 2014, le conseiller d'Etat Pierre-Yves Maillard a déclaré : "Chaque année, nous perdons les 20 millions de francs que nous ferait économiser l'Hôpital Riviera-Chablais par rapport à l'exploitation des cinq sites actuels sur les deux régions. Sans compter les surcoûts de la construction".

Réponse du Conseil d'Etat

En préambule, le Conseil d'Etat tient à rappeler à l'interpellatrice que l'Hôpital Riviera-Chablais Vaud-Valais (HRC) est un établissement intercantonal autonome de droit public. Par ce statut juridique qui lui a été donné par les Grands Conseils des deux cantons, il jouit d'une large autonomie qu'il doit assumer autant pour gérer son exploitation que pour les questions d'investissements. La convention intercantonale fixe de manière précise les responsabilités de chaque acteur. Elle donne aux Conseils d'Etat vaudois et valaisans une mission de haute surveillance.

Cela dit, le Conseil d'Etat a suivi très étroitement les procédures d'appels d'offres pour les travaux de remblayage et de construction et il a informé de manière régulière et transparente les membres de la Commission interparlementaire sur l'avancement de ces dossiers.

S'agissant plus spécifiquement de la décision d'adjudication des travaux de construction, le Conseil d'Etat souligne plusieurs éléments qui ressortent des considérants publiés par le Tribunal, à savoir qu'il n'y a pas eu de distorsion de concurrence ou d'avantage concurrentiel indu et que les erreurs réalisées durant la procédure n'ont pas modifié le classement des entreprises.

Le Conseil d'Etat répond aux réponses aux questions de l'interpellatrice comme suit :

Question 1 : Le Conseil d'Etat considère-t-il comme acceptable que la procédure d'adjudication ait violé des "principes cardinaux des marchés publics, comme l'intangibilité des offres, les transparences et l'égalité de traitement entre les soumissionnaires" ?

Le Conseil d'Etat rappelle l'avis du juge minoritaire qui relativise la gravité des erreurs réalisées par l'HRC dans l'analyse des dossiers d'appels d'offres, en estimant que, dès lors que les vices constatés n'étaient pas rédhitoires, sous réserve de la question des garanties bancaires, et qu'ils ne modifiaient pas le résultat de l'adjudication, le principe de proportionnalité s'opposait à l'annulation, à tout le moins ab ovo, de l'adjudication. Le Conseil d'Etat considère que comme les principes cardinaux de la législation sur les marchés publics sont respectés, l'application du principe de proportionnalité doit permettre d'éviter que des adjudications soient annulées en raison de vices de procédure n'ayant pas d'incidence ni sur les principes cardinaux en question, ni sur le résultat de l'adjudication. Afin d'éviter toute polémique ultérieure sur ce point, le Conseil d'Etat vient de soumettre au Grand Conseil un exposé des motifs et projet de loi proposant d'ancrer ce principe dans la loi vaudoise sur les marchés publics. Il relève enfin que la décision du Tribunal cantonal fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral et n'est dès lors pas définitive.

Question 2 : Le Conseil d'Etat a-t-il assuré un suivi suffisamment rigoureux de la procédure d'adjudication ou s'est-il désintéressé de cette procédure pourtant essentielle en vue de la construction de l'Hôpital Riviera-Chablais ?

Les Conseils d'Etats vaudois et valaisan ont accompagné très étroitement toute la procédure d'appel d'offres sans toutefois entrer dans les questions opérationnelles en respect des responsabilités qui leur sont données par la convention intercantonale.

Question 3 : Le Conseil d'Etat et le pouvoir adjudicateur ont-ils pris le soin de se faire accompagner et conseiller par des experts juridiques en matière de marchés publics ? Si oui, à partir de quel

moment ? Au moment de la préparation de l'appel d'offres, au moment de l'évaluation des offres, au moment de l'adjudication des travaux à Steiner ou au moment de la procédure de recours ?

L'HRC, en tant que maître d'ouvrage, s'est entouré d'un large panel de professionnels réunis au sein de la commission de construction, de la Direction de projet et des mandataires architectes, Geninasca DelefortieSA/Groupe 6. Ceux-ci ont, ponctuellement et tout au long de la procédure, consulté plusieurs avocats réputés spécialisés notamment dans les questions de marchés publics.

Question 4 : Le Conseil d'Etat savait-il que le pouvoir adjudicateur avait neutralisé le critère des garanties bancaires, ce que le juge minoritaire qualifie d'inadmissible ? Si oui, est-il intervenu pour que ce critère essentiel soit maintenu ?

Le Conseil d'Etat n'a pas eu connaissance du fait que le pouvoir adjudicateur avait neutralisé le critère relatif aux garanties bancaires. Il estime que ce dernier n'avait pas à l'en informer, étant donné qu'une telle ingérence dans l'autonomie de l'établissement ne fait pas partie de ses compétences.

Question 5 : Le Conseil d'Etat sait-il avec certitude que l'entreprise Steiner est apte à fournir les garanties bancaires requises ? Si non, pourquoi considère-t-il que les travaux auraient dû être attribués automatiquement à cette entreprise ?

Les cinq entreprises générales en lice s'étaient toutes engagées par écrit à fournir les garanties exigibles au moment de la contractualisation. L'HRC n'avait aucun indice selon lequel l'une ou l'autre de ces cinq entreprises n'aurait pas la capacité, en cas d'adjudication, de fournir ces garanties. De plus, toutes les informations en possession de l'HRC confirmaient que ces entreprises sont toutes parmi les plus grandes entreprises générales dans leur pays et donc assurément solvables. Au demeurant, à supposer que l'entreprise adjudicataire ne fournisse pas les garanties à la signature du contrat, l'HRC serait en droit d'annuler cette adjudication et de l'attribuer à la deuxième.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat ne sait pas d'où l'interpellatrice tient qu'il estimait que le marché devait forcément être attribué à l'entreprise Steiner. C'est l'annulation *ab ovo* qui paraît disproportionnée. Ainsi, le juge minoritaire a estimé que la Cour administrative aurait pu à la place de cette décision exiger de l'entreprise Steiner la production en bonne et due forme de la garantie bancaire, et en l'absence d'une telle pièce, se tourner vers les autres entreprises concernées par la procédure en adjugeant les travaux à l'entreprise capable de la fournir.

Question 6 : Sur un plan général, un suivi plus rigoureux de la procédure d'adjudication par le Conseil d'Etat, notamment en ce qui concerne les garanties bancaires, n'aurait-il pas permis de gagner en justice, évitant ainsi de perdre chaque année 20 millions de francs que ferait économiser l'Hôpital Riviera-Chablais par rapport à l'exploitation des cinq sites actuels sur deux régions ?

Le Conseil d'Etat estime avoir mis en œuvre les moyens en son pouvoir dans le cadre des responsabilités qui lui sont données par Convention intercantonale. Sa responsabilité était de s'assurer que toutes les compétences étaient réunies par l'hôpital pour mener à bien cette adjudication, ce qui lui paraît avoir été assuré. La prise de connaissance de la liste des membres de la commission de construction et les conseils juridiques engagés suffisent à s'en convaincre. Les décisions d'adjudication incombaient strictement à l'hôpital et non à l'Etat.

Cela étant, l'HRC s'est basé sur les recommandations du Guide romand des marchés publics et s'est conformé aux usages de l'Etat lors de ses appels d'offres sur la question des garanties bancaires. Le jugement du Tribunal cantonal laisse à penser que ces pratiques soulèvent des difficultés d'application et sont sujettes à interprétation, surtout pour des marchés d'une telle ampleur. Le Conseil d'Etat a dès lors lancé une réflexion pour déterminer dans quelle mesure ces pratiques devraient être revues. Il tiendra également compte, dans cette réflexion, des futures considérations du Tribunal fédéral.

Question 7 : Plus généralement encore, le Conseil d'Etat ne pense-t-il pas que le choix d'une attribution par lots aurait permis d'éviter un blocage général du processus d'attribution et qu'une

variante consistant à scinder des marchés de telle importance en plusieurs parties devrait être privilégiée à l'avenir ?

Le choix du maître d'ouvrage d'adjuger les travaux en entreprise générale a été fait avec l'aval des deux Conseils d'Etat dans le but de réduire les risques sur les coûts et les délais. A contrario, un appel d'offres séparé par secteurs multiplie d'autant les possibilités de recours, à tous les stades de la procédure, à savoir dès la publication du cahier des charges. La question de la supériorité d'une solution sur l'autre reste aujourd'hui ouverte. Ainsi, s'agissant de l'avenir, le Conseil d'Etat entend se positionner ultérieurement lorsque le Tribunal fédéral se sera déterminé en dernière instance suite au recours de l'entreprise Steiner SA.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le .