

LA CHRONIQUE DES MARCHÉS PUBLICS

Cette chronique présente des problématiques rencontrées par les communes ou leurs mandataires dans le cadre de l'application des marchés publics, qui sont régulièrement soumises pour détermination au Centre de compétences sur les marchés publics du canton de Vaud (CCMP-VD). Elle vise à sensibiliser les communes sur certains aspects particuliers des marchés publics, et à leur fournir les outils nécessaires à la résolution de situations parfois complexes. Nous traiterons dans cette édition de quelques aspects liés au procès-verbal d'ouverture des offres.

Les exigences minimales du procès-verbal d'ouverture

Les offres rendues dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective sont ouvertes à la date, à l'heure et au lieu indiqués dans les documents d'appel d'offres par au moins deux représentants autorisés du pouvoir adjudicateur. Lors de cette ouverture des offres, un procès-verbal doit être établi. Son contenu minimal est déterminé par l'article 31, alinéa 2 RLMP-VD. Celui-ci précise que les noms des personnes présentes, les noms des soumissionnaires, les dates de réception des offres, les prix des offres, les éventuelles variantes et les offres partielles doivent y être au minimum contenus. D'après la jurisprudence¹, ces règles ont pour but d'assurer la transparence de l'ouverture des offres, qui doit se faire en une seule fois, à l'échéance du délai de dépôt fixé par l'appel d'offres. On limite ainsi les risques de manipulation. En effet, le pouvoir adjudicateur

qui ouvrirait les offres au fur et à mesure se trouverait en situation d'informer un tiers du contenu des offres déposées avant le délai de clôture, pour lui permettre de soumissionner sur la base des offres de ses concurrents, voire de modifier en conséquence une offre déjà présentée, avant le délai de dépôt. Ne peuvent dès lors être prises en compte, pour l'évaluation, que les offres dont le procès-verbal constate qu'elles ont été déposées à temps. On rappellera, à cet égard, que la jurisprudence est très restrictive et que le dépassement de l'heure fixée pour la remise des offres, même de quelques minutes, peut suffire à justifier l'exclusion d'une offre pour cause de non respect du délai. Enfin, l'indication du prix de l'offre (et des variantes éventuelles) dans le procès-verbal vise à exclure toute modification de ce prix après l'ouverture des offres.

Dans l'arrêt précité du 27 septembre 2012, les juges cantonaux ont eu à trancher la question de savoir si le fait qu'un procès-verbal d'ouverture des offres ne respectait pas certaines exigences de l'article 31, alinéa 2 RLMP-VD (nom des soumissionnaires, date de réception des offres, variante déposée et prix de celle-ci) était de nature à justifier l'annulation de la décision d'adjudication, décision qui faisait l'objet du recours. D'après les juges de la CDAP, on peut hésiter sur ce point : « D'un côté, la procédure d'adjudication est imprégnée d'un certain formalisme. Elle doit être conduite de manière transparente et irréprochable. Compte tenu des intérêts en jeu, les soumissionnaires doivent pouvoir compter, de la part de l'adjudicateur, sur le respect scrupuleux des règles qui visent à garantir l'égalité de traitement des soumissionnaires et à prévenir tout soupçon de partialité : le moindre écart peut en effet susciter des doutes dans l'esprit des soumissionnaires et porter atteinte à la cré-

dibilité de l'adjudicateur. D'un autre côté, une application stricte des règles de procédure constitue un formalisme excessif, lorsqu'elle ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et empêche ou complique de manière insoutenable l'application du droit matériel ». La Cour parvient finalement à la conclusion que l'annulation de la décision d'adjudication ne se justifie pas dans le cas d'espèce. En effet, annuler la décision d'adjudication uniquement à raison des défauts entachant le procès-verbal d'ouverture des offres, afin que le pouvoir adjudicateur refasse ce document et rende une décision identique sur le fond, constituerait, d'après elle, une mesure vide de sens. La Cour invite toutefois le pouvoir adjudicateur en cause à revoir ses règles d'attribution des marchés publics afin que ses procès-verbaux d'ouverture des offres soient rédigés conformément aux exigences de l'article 31, alinéa 2 RLMP-VD à l'avenir.

Les destinataires du procès-verbal d'ouverture

L'article 31, alinéa 3 RLMP-VD prévoit que les soumissionnaires et les associations professionnelles intéressées peuvent, sur demande, obtenir le procès-verbal. Alors que certains pouvoirs adjudicateurs appliquent, à la lettre, cette disposition, d'autres adressent spontanément les procès-verbaux d'ouverture aux participants à la procédure, voire les publient sur leur site internet après avoir dûment attiré l'attention des soumissionnaires à ce propos dans leurs documents d'appel d'offres. La pratique tend ainsi à admettre, à certaines conditions, que le contenu du procès-verbal d'ouverture puisse être transmis à d'autres entités que celles indiquées à l'article 31, alinéa 3 RLMP-VD dès lors qu'il ne contient aucune information d'importance majeure.

¹ Arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois du 27.9.2012 (réf. MPU.2012.0013)

L'article 31 RLMP-VD ne fixe aucune règle permettant de savoir dans quel délai un pouvoir adjudicateur doit satisfaire une requête de consultation du procès-verbal émise par un soumissionnaire. La pratique tend à admettre que le procès-verbal puisse être envoyé jusqu'au moment de l'adjudication. Nous recommandons, en règle générale, aux pouvoirs adjudicateurs de faire preuve de bon sens et de veiller à respecter tant le principe de la bonne foi que celui de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, en ce qui concerne le délai de traitement des demandes. Il convient, en outre, de garder à l'esprit que le droit du soumissionnaire à recevoir le procès-verbal lui permet de vérifier que le principe de la transparence a été respecté à ce stade initial de la procédure.

Dans certains cas, un pouvoir adjudicateur peut néanmoins avoir un intérêt à ne pas divulguer spontanément ou trop rapidement le procès-verbal

d'ouverture des offres aux soumissionnaires. Par exemple, lorsqu'il sait qu'il va devoir interrompre la procédure en cours - notamment parce que les offres rentrées ne respectent pas les valeurs-seuils de la procédure suivie ou qu'elles ne permettent pas de garantir une concurrence efficace - pour en relancer une nouvelle, et qu'il veut prévenir tout risque d'entente entre les soumissionnaires ou ne pas influencer les prix qu'ils déposeront dans le cadre de la nouvelle procédure.

Un procès-verbal d'ouverture des offres en procédure sur invitation ?

Selon l'article 9 RLMP-VD, les règles régissant les procédures ouvertes et sélectives sont applicables par analogie à la procédure sur invitation à l'exception des articles 13, 20 et 39 RLMP-VD, qui se rapportent aux délais et aux publications. Il s'ensuit que l'article 31 RLMP-VD n'est pas formellement exclu de la procédure sur invitation et que

l'obligation d'établir un procès-verbal d'ouverture des offres conformément aux exigences réglementaires, trouve également application dans le cadre d'une telle procédure.

(gri)

En savoir plus

Site internet de l'Etat de Vaud : www.vd.ch/marches-publics

Rubriques :

1. Formations > formation sur la plateforme simap.ch/formation sur les marchés publics
2. Centre de compétences sur les marchés publics (CCMP-VD)
3. Guide romand sur les marchés publics
4. Foire aux questions des Marchés publics (FAQ)