

**Question**

Périodiquement, le Conseil d'Etat est appelé à attribuer différents travaux en se basant sur la loi du 11 février 1998 sur les marchés publics et son règlement d'application du 28 avril 1998. L'important chantier que constitue la route de contournement de Bulle la H189 a donné lieu à plusieurs adjudications dont deux ont fait l'objet d'une réaction assez vive des entreprises dont l'offre a été écartée. Il est connu que la réalisation des ouvrages modernes implique des techniques toujours plus sophistiquées qui nécessitent des connaissances approfondies. Les entreprises font de constants et importants efforts pour que leur personnel soit en permanence formé et perfectionné dans toutes ces nouvelles méthodes en y affectant d'importants moyens en temps et en financement.

La loi sur les marchés publics veut que l'adjudication prenne en compte différents critères qui comptabilisent aussi bien l'aspect économique du projet, que la capacité de l'entreprise soumissionnaire à maîtriser toute la partie de la réalisation du projet. Peuvent également être pris en compte les efforts faits par l'entreprise dans la formation des jeunes, la sécurité du travail et le respect des normes environnementales. Le Conseil d'Etat, en sa qualité d'autorité de décision, devrait être en mesure de contrôler les chiffres ressortant de l'analyse faite par son administration.

Or, il s'avère par exemple, que lors de l'adjudication du lot 311 l'offre d'un consortium d'entreprises n'a pas été retenue en raison des soi-disant faiblesses techniques dans la maîtrise de certains points de la réalisation du chantier alors que son offre était inférieure de 350 000 francs environ, soit 3,56 %.

Mes questions:

- 1) Qui procède à la notation des ces indicateurs lors de la rentrée des soumissions?
- 2) Qui en fait une analyse neutre et détaillée pour contrôler la bienfaisance de cette notation? Existe-t-il un organisme interne à même d'effectuer un tel travail?
- 3) Le critère prix entre généralement en ligne de compte pour 60 % des critères d'adjudication, quelle est la différence de notation pour un prix inférieur de 3,5 %?
- 4) Le Conseil d'Etat se fait-il adroitement conseiller par des experts neutres pour palier aux connaissances qui lui font défaut dans les domaines très techniques?
- 5) Comment sont réglés les différends entre les ingénieurs fixant les notations ou/et les contrôleurs et le Conseil d'Etat?
- 6) En sa qualité de pouvoir adjudicateur, le Conseil d'Etat dispose-t-il d'une marge réelle et suffisante de liberté pour décider d'une adjudication?

Le 18 février 2005

## **Réponse du Conseil d'Etat**

A l'instar d'autres collectivités publiques (Confédération, communes), l'Etat est amené fréquemment à adjudger des marchés publics. Il ne dispose cependant pas d'une grande marge d'appréciation compte tenu du cadre légal découlant notamment de normes internationales. A cet égard, il est important de rappeler succinctement les règles essentielles régissant les marchés publics.

### **1. Définition / buts**

On entend par marchés publics, tous les contrats que les collectivités publiques concluent avec des tiers en matière de construction, de fourniture de biens mobiliers ou de prestation de services. Ils sont soumis à des règles fixées par les législations internationale, fédérale et cantonale.

Ces règles ont pour but:

- d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires;
- de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication;
- d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés;
- de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics.

### **2. Bases légales**

Les marchés publics sont régis dans notre canton par:

- la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) qui oblige les cantons et les communes à publier leurs marchés de grande importance et qui interdit la discrimination entre les soumissionnaires, notamment en raison de leur domicile en Suisse;
- l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) qui exécute l'accord OMC sur les marchés publics en fixant les principes généraux notamment les genres de marchés, les types de procédure, l'interdiction des négociations et la protection juridique (droit de recours);
- la loi cantonale sur les marchés publics qui assujettit les marchés publics des communes aux mêmes règles que les marchés de l'Etat et qui détermine les autorités de recours;
- le règlement sur les marchés publics (RMP) qui donne les détails pour l'application de l'AIMP, notamment les types de procédure en fonction de valeurs-seuils des marchés.

### **3. Critères**

Les offres déposées par les soumissionnaires pour quelque marché public que ce soit doivent notamment satisfaire aux conditions suivantes:

#### **1) Motifs d'exclusion**

L'offre peut être exclue lorsque le soumissionnaire ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude, a fourni de faux renseignements, n'a pas payé ses impôts ou ses cotisations sociales, a conclu des ententes qui contreviennent à une concurrence efficace ou y nuisent considérablement, fait l'objet d'une procédure de faillite, a été reconnu coupable pénalement par une décision judiciaire d'une faute professionnelle ou n'a pas respecté les exigences essentielles de forme.

## 2) Critères d'aptitude

Les soumissionnaires doivent être aptes à exécuter le marché prévu sur les plans professionnel, financier, économique, technique et organisationnel. Les critères d'aptitude sont fixés par l'adjudicateur dans l'appel d'offres ou les documents y relatifs.

L'adjudicateur vérifie l'aptitude des soumissionnaires et, le cas échéant, élimine ceux qui ne satisfont pas aux critères énoncés.

## 3) Critères d'adjudication

Les critères d'adjudication servent de base à l'attribution du marché. Le critère fondamental est celui de l'offre économiquement la plus avantageuse. Il peut être complété par d'autres critères, tels que la qualité, le prix, les délais, les coûts d'exploitation, le service après-vente, le développement durable, la convenance de la prestation, la valeur technique, la formation d'apprentis, l'esthétique, l'assurance-qualité, la créativité et l'infrastructure.

Les critères d'adjudication doivent figurer par ordre d'importance avec leur pondération dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres.

## 4) Liste des critères

L'établissement de la liste des critères d'aptitude et des critères d'adjudication entrant en considération pour les marchés de construction et les marchés de services a fait l'objet dans notre canton d'un consensus entre les associations faïtières des milieux de la construction (Fédération Fribourgeoise des Entrepreneurs FFE, Société des Ingénieurs et Architectes SIA, Association fribourgeoise des métiers de la construction AFMC) et les services concernés (Service des ponts et chaussées SPC, Service des autoroutes SAR, Service des bâtiments SBat). Cette liste sert de base pour la mise en soumission des marchés précités de l'Etat.

## 4. **Adjudicateurs**

Les marchés publics de l'Etat sont adjugés suivant leur valeur par le Conseil d'Etat, une Direction ou un service, conformément à la législation sur les finances de l'Etat. Les marchés publics portant sur des dépenses d'investissement sont adjugés par le Conseil d'Etat s'ils sont supérieurs à 100 000 francs, par les Directions s'ils se situent entre 50 000 francs et 100 000 francs et par les services s'ils sont inférieurs à 50 000 francs (art. 29 du règlement sur les finances de l'Etat RFE). Les marchés publics portant sur des charges de fonctionnement sont adjugés par les Directions s'ils sont supérieurs à 50 000 francs. En dessous de ce montant, ils sont adjugés par les services (art. 28 RFE).

## 5. **Réponses aux questions posées**

### 1) *Qui procède à la notation des ces indicateurs lors de la rentrée des soumissions?*

Les offres sont enregistrées, examinées, comparées et notées par le service responsable du déroulement de la procédure.

La notation des offres est l'opération consistant à attribuer une note aux différentes composantes de l'offre par rapport aux critères préalablement fixés par l'adjudicateur.

Pour les grands projets, comme la route de contournement de Bulle (H189), la notation est effectuée par un groupe d'évaluation formé de l'équipe de projet et de mandataires extérieurs à l'administration, choisi avant de savoir qui va être soumissionnaire.

- 2) *Qui en fait une analyse neutre et détaillée pour contrôler la bienfaisance de cette notation? Existe-t-il un organisme interne à même d'effectuer un tel travail?*

Il n'existe pas d'organe central interne spécialement créé pour analyser la notation des offres. Celle-ci est réalisée par le service en charge du dossier avec l'appui de professionnels externes (bureau d'appui au maître de l'ouvrage) pour les projets importants.

- 3) *Le critère prix est généralement en ligne de compte pour 60 % des critères d'adjudication, quelle est la différence de notation pour un prix inférieur de 3,5 %?*

Le critère prix n'est pas fixe. Ainsi, il est de 60 à 70 % pour les constructions nouvelles et de caractère classique, voire 80 % pour les constructions simples et de 40 à 50 % pour la construction d'ouvrages complexes ou pour les projets afférents à l'entretien et au renouvellement.

La notation du prix est faite selon les formules mathématiques suivantes:

- Pour les marchés de construction et de fournitures (méthode au cube):

$$\text{Note offre } x = (\text{coût offre min} : \text{coût offre } x)^3 \times 5$$

- Pour les marchés de services (méthode au carré):

$$\text{Note offre } x = (\text{coût offre min} : \text{coût offre } x)^2 \times 5$$

Ces formules sont proposées à l'ensemble des cantons romands par le «Guide romand pour les marchés publics», éd. 2005, guide à l'élaboration duquel notre canton a participé.

En cas de différence de notation pour un prix inférieur de 3,5 %, cette notation est prise en compte au même titre que la notation des autres critères pour l'évaluation de l'offre et la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse.

- 4) *Le Conseil d'Etat se fait-il adroitement conseiller par des experts neutres pour palier aux connaissances qui lui font défaut dans les domaines très techniques?*

Le Conseil d'Etat prend sa décision sur la base des dossiers qui lui sont présentés par les Directions, dossiers qui comprennent le tableau comparatif des offres avec la notation et les commentaires du service qui a conduit la procédure et, le cas échéant, ceux des mandataires externes.

- 5) *Comment sont réglés les différends entre les ingénieurs fixant les notations ou/et les contrôleurs et le Conseil d'Etat?*

Les divergences d'appréciation sont réglées par la concertation après analyse approfondie par les responsables internes et externes du dossier. Au besoin, le Conseil d'Etat peut être amené à trancher.

- 6) *En sa qualité de pouvoir adjudicateur, le Conseil d'Etat dispose-t-il d'une marge réelle et suffisante de liberté pour décider d'une adjudication?*

La législation sur les marchés publics laisse certes une marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur. Celui-ci ne peut toutefois en abuser au risque d'exposer sa décision à son annulation par l'autorité de recours. Toutes les décisions prises par le pouvoir adjudicateur sont en effet sujettes à recours auprès du Tribunal administratif qui peut être saisi par tout soumissionnaire évincé s'estimant lésé par une application incorrecte du droit.

## **6. Remarque finale**

Précisons en conclusion que la question fait référence à l'adjudication d'un marché de construction (lot 311) relatif à la route de contournement de Bulle H189. Le seul recours interjeté contre cette adjudication a été rejeté par le Tribunal administratif en date du 20 juillet 2005.

Fribourg, le 23 août 2005