

# Vue d'ensemble, expériences et point de vue du Service des ponts et chaussées de la République et Canton du Jura : le droit des marchés publics dans la construction et l'entretien des routes nationales

Autor(en): **Chappuis, Pascal**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Défis / proJURA**

Band (Jahr): **2 (2004)**

Heft 5: **Les marchés publics**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-824121>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

**Vue d'ensemble, expériences et point de vue du Service des ponts et chaussées de la République et Canton du Jura**

# Le droit des marchés publics dans la construction et l'entretien des routes nationales

**La passation d'un marché public est une procédure administrative dont l'aboutissement est la conclusion d'un contrat de droit privé. A lui seul, ce postulat en dit certainement long sur la complexité du droit des marchés publics et sur les confusions qu'elle est susceptible de générer.**

Comme son titre l'indique, la présente contribution se limitera cependant à mettre brièvement en lumière quelques aspects de la législation applicable au domaine particulier de la construction et de l'entretien des routes nationales ; son but principal restant d'établir le bilan général que le Service des ponts et chaussées de notre canton peut tirer après cinq années d'expériences pratiques.

## Le droit applicable

Les marchés de travaux, de fournitures et de services relatifs à la construction et à l'entretien des routes nationales sont passés par les cantons, selon les principes adoptés par le Conseil fédéral dans l'ordonnance sur les routes nationales (art. 41 al. 2 LRN).

Cette ordonnance ne fixe qu'un nombre restreint d'exigences minimales en matière d'ouverture internationale et de procédure de passation des marchés (art. 44 et 45 ORN). Pour le surplus, le droit cantonal est applicable (art. 46 ORN). La protection juridictionnelle des soumissionnaires - point parmi les plus sensibles de l'évolution du nouveau droit des marchés publics - ne relève donc, dans ce cadre précis, que du droit cantonal ou intercantonal.

Les cantons restent en outre soumis au pouvoir de surveillance de la Confédération. Ce dernier se concrétise par l'obligation de faire approuver l'adjudication par l'Office fédéral des routes lorsque la valeur du marché est supérieure ou égale à certains seuils

(art. 47 al. 1 let. a et b ORN). Dans les autres cas (art. 47 al. 3 ORN), il implique l'obligation d'informer ledit office avant l'exécution du marché.

## QUELQUES CONSTATS ISSUS DE LA PRATIQUE

### Faire les bons choix

Bien choisir un entrepreneur, un fournisseur ou un mandataire est une nécessité économique pour toute administration publique comme pour toute entreprise privée.

Généralement délicat, ce type de choix s'avère tout particulièrement complexe dans le cadre de l'attribution de marchés publics, puisqu'il doit

en principe se fonder sur l'analyse de plusieurs critères propres à déterminer de manière transparente et non discriminatoire l'offre économiquement la plus avantageuse. Ce n'est en effet qu'en présence de « biens largement standardisés » que la législation autorise l'application exclusive du critère du prix le plus bas.

Lorsqu'il s'agit de fixer des critères d'adjudication puis, ultérieurement, d'évaluer des offres en fonction de ceux-ci, les connaissances professionnelles du pouvoir adjudicateur ou de ses représentants, ainsi que leur faculté d'en faire usage, s'avèrent décisives. Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse est une question qui se trouve à la limite entre les domaines du droit et de l'appréciation.



**Par Pascal Chappuis**

Avocat  
Service des ponts et chaussées  
de la République et Canton du Jura



S'il est fondamental, dans ce contexte, de contrecarrer toute velléité de partialité par des contraintes efficaces, il est tout aussi crucial de laisser aux entités chargées d'adjudger un marché une latitude de jugement dont l'étendue doit correspondre à celle de la technicité du domaine concerné. Le législateur, puis les instances judiciaires compétentes l'ont bien compris, puisqu'il est désormais unanimement admis qu'une autorité de recours n'a pas à procéder à un contrôle de l'opportunité ni à substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur ; elle ne doit intervenir que si ce dernier a fait preuve d'arbitraire ou violé le droit, notamment en commettant un excès ou un abus de son pouvoir d'appréciation.

En pratique, il reste parfois difficile de faire admettre que les ingénieurs et techniciens chargés d'évaluer les offres n'en sont pas moins hommes et que la part de subjectivité qui accompagne inévitablement leur jugement n'est en rien synonyme de dysfonctionnement des procédures. L'arbitraire, l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation demeurent, pour beaucoup de non juristes, des notions relativement floues et une certaine confusion entre offre économiquement la plus avantageuse et offre la meilleur marché règne encore trop souvent dans l'esprit des soumissionnaires.

### L'usage du droit de recours

Par ailleurs, le droit de recours, bien entendu légitime, ne doit pas devenir

un instrument de pression ou, comme nous l'avons parfois constaté, un moyen « déguisé » de prendre connaissance du contenu de l'offre de l'adjudicataire. Les tribunaux ont un rôle important à jouer sur ce point. Une pratique trop généreuse dans l'octroi du droit à la consultation des pièces pourrait en effet aboutir à ce que des entreprises renoncent à participer à certains appels d'offres par crainte de voir leurs secrets de fabrication ou de commerce dévoilés à leurs concurrents à la faveur d'un recours. A ce jour, fort heureusement, les quelques tentatives de cet ordre enregistrées dans notre canton se sont toutes soldées par un échec.

### UN BREF BILAN

Quelque cinq ans après l'entrée en vigueur du nouveau droit des marchés publics, il reste encore relativement difficile d'établir si ses objectifs ont été atteints. Compte tenu du fait que les dispositifs mis en place l'ont été dans une période de basse conjoncture, il n'est en particulier pas aisé de savoir si les pouvoirs publics ont pu réaliser de réelles économies. Il faut cependant lui reconnaître au moins deux intérêts majeurs.

### Améliorer la réflexion, la qualité et la transparence

Les contraintes légales, puis jurisprudentielles qui se sont peu à peu imposées nous ont tout d'abord poussés à mener des réflexions plus complètes en vue de parfaire la qua-

lité, la clarté et la traçabilité de nos procédures. Elles nous ont ensuite conduits à instaurer une concurrence totalement transparente, et donc plus franche, entre les soumissionnaires. Les efforts déployés dans ce contexte ne se sont indéniablement pas avérés stériles en matière de crédibilité des décisions d'adjudication.

Toute médaille a malheureusement son revers. Force est de constater, en effet, qu'un certain nombre de problèmes ne sont pas résolus.

### Liens internet

#### [www.simap.ch](http://www.simap.ch)

(Système d'information sur les marchés publics en Suisse)  
Site internet dont le principal objectif est d'offrir une plateforme d'échange électronique d'information, de publication, de communication, de banques de données et d'expériences en vue de favoriser l'harmonisation des pratiques cantonales

#### [www.geneve.ch/dael/marche\\_public/aimp/welcome.html](http://www.geneve.ch/dael/marche_public/aimp/welcome.html)

Guide pratique mis en place par le Département de l'aménagement, de l'équipement et du logement de l'Etat de Genève

#### [www.gillon.ch](http://www.gillon.ch)

Etude d'avocats de l'Etat de Fribourg proposant un certain nombre d'articles à télécharger

#### [www.vpb.admin.ch](http://www.vpb.admin.ch)

Arrêts de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics

# Votre partenaire dans la région

Engagé, intègre et promis au succès. Nous sommes à votre service chaque fois que vous en avez besoin.

Siège principal Delémont  
Téléphone 032 421 96 96

Siège principal Laufon  
Téléphone 061 765 53 33

Bassecourt  
Breitenbach  
Chevenez  
Liesberg

Moutier  
Porrentruy  
Saignelégier  
Zwingen

[www.bjl.clientis.ch](http://www.bjl.clientis.ch)



## Clientis Banque Jura Laufon

# Fr. 0.-

## Chez nous, votre compte salaire est sans frais...

...tout comme les retraits aux guichets,  
les retraits aux bancomats, le E-banking,  
le BCJ-Info 24, l'ordre de paiement rapide  
et bien d'autres prestations encore.

Contactez-nous au 032 465 14 14 ou  
par e-mail [bcj@bcju.ch](mailto:bcj@bcju.ch)

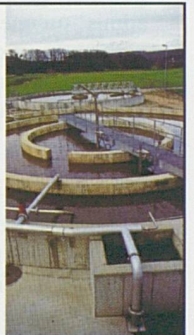


### Banque Cantonale du Jura

## ATB SA

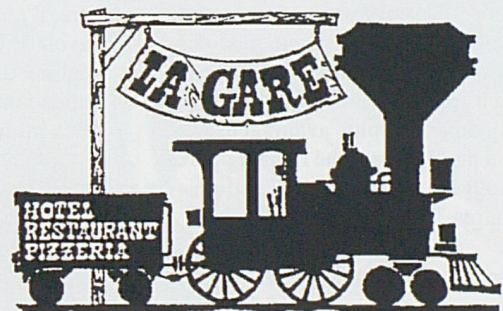
Ingénieurs-conseils SIA USIC

Routes et trafic  
Hydraulique  
Structures et ouvrages d'art  
Gestion des déchets et carrières  
Travaux spéciaux  
Aménagement du territoire



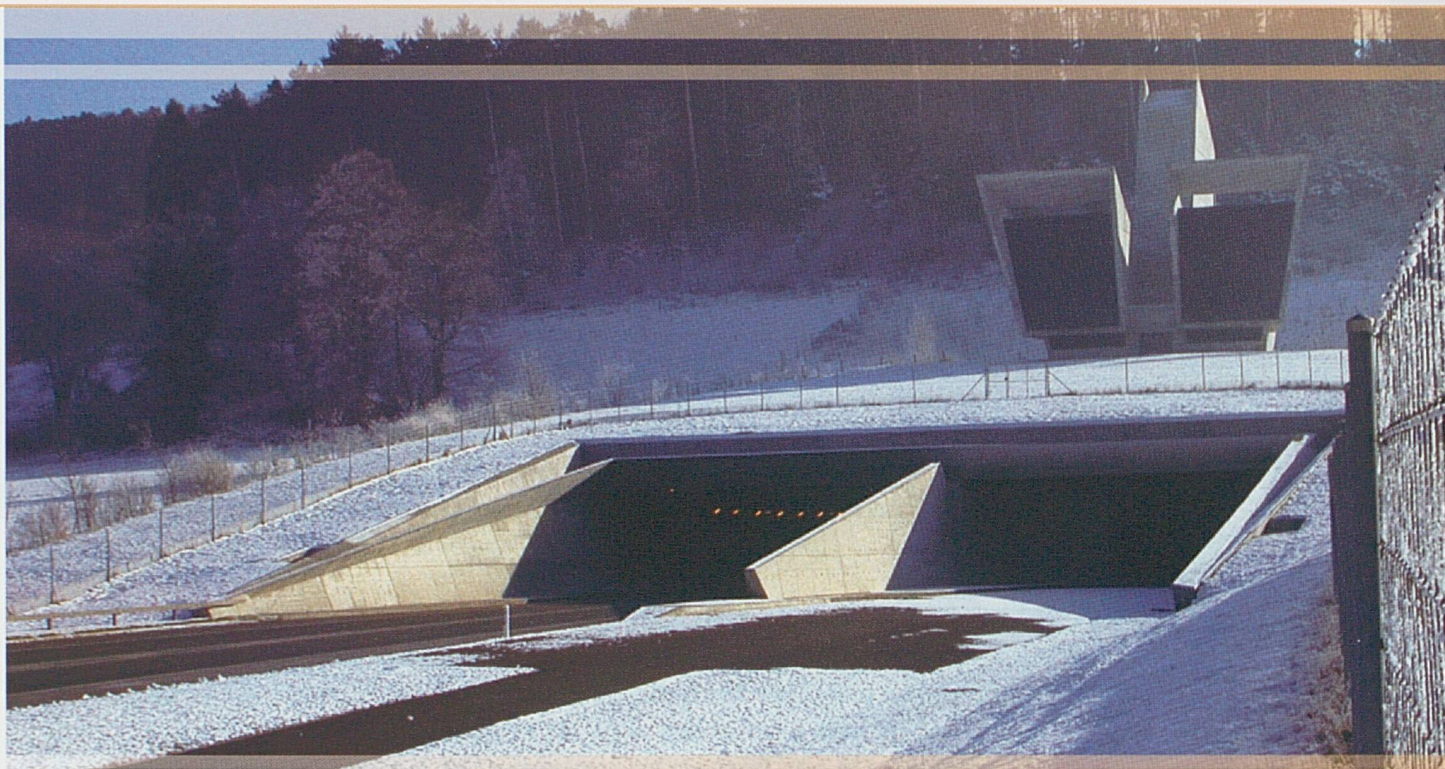
2740 Moutier	032 494 55 88
2950 Courgenay	032 471 16 15
2720 Tramelan	032 487 59 77
2350 Saignelégier	032 951 17 22
2732 Reconvilier	032 483 13 83

[www.atb-sa.ch](http://www.atb-sa.ch)  
[info@atb-sa.ch](mailto:info@atb-sa.ch)



- Nouvelle salle à manger
- Nouvelle carte
- Pizzeria avec feu tournant
- 7 chambres d'hôtel modernes

Place de la Gare 19  
2740 MOUTIER  
Tél. 032 493 10 31



## Peu de moyen pour lutter contre la sous-enchère

Le principal d'entre eux est l'absence de toute base légale offrant la possibilité de lutter efficacement contre les offres participant d'un acte illicite de dumping. Les tentatives diverses et variées d'établir une méthode d'évaluation multicritère infaillible n'ont toujours pas donné satisfaction. Il n'y a, à notre sens, rien de surprenant à cela car il est totalement illusoire de vouloir combattre profitablement un phénomène si on s'attaque à ses conséquences avant de s'en prendre à ses causes. Une délimitation claire des contours de la sous-enchère et des possibilités concrètes d'exclure les offres dites « anormalement basses » mériteraient par conséquent d'être insérées dans la législation. Il s'agit là d'une question qui n'est pas sans importance, tout particulièrement dans le secteur de la construction. L'ouverture à la concurrence a pour conséquence une pression accrue sur les prix qui pourra se traduire, si elle doit encore gagner en importance, par une diminution de la qualité des travaux, par une dérive des coûts d'exécution des marchés, voire par le non-respect de règles de sécurité sur les chantiers ou par l'emploi de travailleurs en situation illégale.

## Unifier le droit des marchés publics

Sur un plan plus général et plus juridique, il apparaît que la multiplicité des normes qui composent le droit suisse des marchés publics et la diversité des organes juridictionnels prévus pour trancher les contentieux génèrent une jurisprudence hétérogène. Il serait donc judicieux d'unifier le droit morcelé des marchés publics, afin d'en réduire la relative complexité et, partant, d'augmenter la sécurité juridique. Une telle mesure profiterait non seulement aux organes publics chargés d'attribuer des marchés, mais également à l'économie.

Conscients de l'enjeu dont il est ici question, la quasi-totalité des cantons romands ont d'ores et déjà désigné divers représentants qui se sont attelés - sous l'égide de la CROMP (Conférence romande pour les marchés publics) - à l'établissement d'un guide pratique interactif dont l'objectif principal est de proposer aux pouvoirs adjudicateurs des outils simples et précis leur permettant d'exécuter leurs tâches de manière harmonisée. Ce guide devrait pouvoir être ouvert au public d'ici une année et demi.

### Bibliographie succincte

#### Ouvrages

##### Carron /Fournier

*La protection juridique dans la passation des marchés publics : Etude de droit comparé, règles types et rapport explicatif, Fribourg 2002*

##### Clerc E.

*L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique, thèse, Fribourg 1997*

##### Michel N.

*Droit public de la construction, 2<sup>ème</sup> éd., Fribourg 1997*

##### Zufferey /Maillard /Michel

*Droit des marchés publics : Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg, 2002*

#### Reuves

*Droit de la construction (DC/BR) Revue éditée par l'Institut pour le droit suisse et international de la construction à Fribourg, reprenant la majeure partie des arrêts rendus par les juridictions helvétiques dans le domaine du droit des marchés publics*

*Revue de droit administratif et de droit fiscal et Revue genevoise de droit public (RDAF) Revue éditée par l'Association Henri Zwahlen pour le développement du droit administratif et du droit fiscal à Lausanne*