

Groupe de travail chargé de préciser et d'uniformiser l'application des dispositions législatives en matière de marchés publics et de compétences financières

*Rapport
à l'attention du Conseil d'Etat*

Table des matières

I. Groupe de travail	page 3
II. Contexte	page 4
III. Méthodes de travail et objectifs	page 4
IV. Constats	page 4
V. Synthèse concernant les compétences financières	page 5
VI. Définition proposée d'un marché	page 6
VII. Conclusions	page 9

I. Groupe de travail

Par décision du 20 décembre 2006, le Conseil d'Etat a décidé de constituer un groupe de travail chargé, sur la base des lois, des prescriptions et normes en vigueur, de préciser et d'uniformiser l'application des dispositions législatives en matière de marchés publics et de compétences financières.

Cette décision résulte du contenu de différents rapports établis par l'Inspection cantonale des finances, et en particulier du rapport No 87 du 3 novembre 2006 élaboré sur le mandat de la Commission de gestion du Grand Conseil et examinant les adjudications réalisées en 2005 dans le domaine des routes nationales.

Ledit rapport a mis en évidence des problèmes relevant tant de l'application de la législation sur les marchés publics que de la législation sur la gestion et le contrôle administratifs et financiers. Face à ces constats, le chef du service des routes et des cours d'eau (SRCE) a émis le désir que ces problèmes d'application provenant de dites législations soient résolus de manière concertée et a proposé la mise sur pied d'un groupe de travail chargé de préciser les modalités d'application sous l'égide du chef du service en charge de la surveillance des marchés publics.

Le groupe de travail est composé des personnes suivantes :

Philippe Spörri, chef du service juridique et administratif du DET, chargé d'assurer la présidence,
Bernard Attinger, chef du service des bâtiments, monuments et archéologie du DTEE,
Albert Fournier, chef du service des routes et des cours d'eau du DTEE,
Christian Melly, chef de l'inspection cantonale des finances,
Jean-Christophe Putallaz, adjoint du chef de service des routes et des cours d'eau du DTEE,
Helmut Ritz, chef de la section analyses et planifications financières de l'administration cantonale des finances (DFIS),
Adrian Zumstein, chef du service administratif et juridique du DTEE,
Gisèle Fauchère Jacquemin, juriste auprès du service administratif et juridique du DET, chargée du secrétariat,

Le groupe de travail s'est réuni quatre fois entre le mois de février et le mois d'avril 2007. Lors de la première séance du 1^{er} février 2007, les membres ont formulé leurs attentes, suite de quoi les buts à atteindre ont été fixés et le calendrier des séances mis en place. Au cours de la deuxième séance qui s'est tenue le 21 février 2007, le volet concernant les compétences financières a été analysé. Quant à la troisième et la quatrième séance, qui ont eu lieu le 12 mars et le 2 avril 2007, elles ont permis d'arriver à une définition de l'objet du marché qui soit identique et sous l'angle financier et sous l'angle des marchés publics. Le rapport a été approuvé dans sa teneur finale par voie de circulation début décembre 2007.

II. Contexte

Le rapport No 87 précité de l'Inspection cantonale des finances relevait en particulier des problèmes de délimitation du marché et de choix de la procédure, mais aussi de décisions d'adjudication prises par une autorité qui n'en avait pas la compétence ou de dépassement des compétences de l'autorité concernée. A cet égard, le chef du SRCE a notamment mis en évidence les divergences d'appréciation dans l'application de la législation sur les marchés publics, en particulier pour la définition du marché, la nature des travaux, la période de réalisation et les clauses d'urgence considérées.

Pour cette raison, le rapport du service des routes et des cours d'eau du 15 décembre 2006 proposant au Conseil d'Etat de créer un groupe de travail insistait sur le fait que la mission de ce groupe de travail devait être d'apporter les précisions nécessaires sur les modes d'application pratique de la législation sur les marchés publics et de la loi sur la gestion administrative et financière et, par ce fait, de contribuer à une uniformisation de ces modes au sein des services concernés ainsi que, par extension, au sein de l'administration cantonale.

III. Méthode de travail et objectifs

Le groupe de travail a décidé de travailler sur la base de cas concrets pour tout d'abord arriver à identifier les problèmes à la source d'une application incorrecte des dispositions légales concernées. Puis, dans une deuxième phase, diverses propositions de solutions ont été dégagées et celles-ci testées à nouveau sur des situations concrètes pour déterminer leur praticabilité et surtout la possibilité de leur généralisation, l'objectif final étant de pouvoir proposer un mode de traitement uniformisé à toutes les entités dépendant de l'administration cantonale.

Le groupe de travail a volontairement choisi de rester le plus simple, le plus concis et le plus pratique possible dans la formulation des solutions proposées et a opté pour une présentation sous forme de tableaux synoptiques. En effet, pour que le résultat de ses travaux soit utilisé et appliqué à l'intérieur de l'administration cantonale, pour qu'il devienne en définitive un réel outil de travail et une aide à la décision, il lui a semblé que ces choix lui permettrait d'atteindre ces objectifs.

D'autre part, le groupe de travail est d'avis que ses travaux pourraient servir de base à l'élaboration ultérieure d'un vade-mecum dont la structure devrait suivre les étapes du déroulement d'une procédure, de la naissance d'un projet ou d'un avant-projet, à son élaboration, à la mise en place du dossier financier, en passant par la phase « marchés publics », pour arriver à son exécution, puis finalement à l'appréciation de toute la procédure menée, une fois le projet terminé. Ce vade-mecum devrait être un document évolutif, qui serait enrichi au fur et à mesure en fonction des nécessités ou des expériences effectuées.

IV. Constats

Dès le début des discussions, des divergences fondamentales d'application ont effectivement été mises en évidence. Il est aussi très vite apparu que ces divergences proviennent des réponses complètement différentes apportées aux questions de base que la personne en charge d'un dossier doit se poser au début de tout processus d'acquisition.

En effet, s'agissant de l'application d'une même notion, pour une situation identique, le fil conducteur, le raisonnement et la logique varient d'un intervenant à l'autre, ce qui conduit inévitablement à des résultats d'application différents, voire diamétralement opposés. Or, que les décisions soient prises au niveau du Conseil d'Etat, des départements ou des services, l'Etat demeure en tout état de cause un seul et même adjudicateur qui se doit de garantir une unité de vue et d'application.

Au vu de cet état de fait, un constat s'est imposé au groupe de travail. Il convenait d'une part de rappeler aux intervenants le contenu exact et la portée des dispositions légales qu'ils devaient appliquer, à vrai dire souvent méconnues dans leurs détails, en particulier en ce qui concerne les compétences financières, et d'autre part de définir de manière uniforme les notions de base déterminant le bon déroulement d'une procédure.

S'agissant de ces notions de base, il s'est avéré en définitive que les divergences pouvaient être supprimées en définissant la seule notion de « marché » au moyen d'une définition unique, applicable tant sur le plan des finances que des marchés publics, et qu'ainsi une unité d'application pouvait être assurée. En effet, en fonction de la manière dont une acquisition est délimitée dans la phase de préparation, elle peut être soit fractionnée en plusieurs marchés, soit envisagée dans sa globalité et ne former qu'un seul marché, avec pour corollaires directs des montants et des seuils très différents, des procédures ouvertes ou plus restreintes ainsi que des compétences financières à des niveaux différents.

V. Synthèse et proposition pour l'harmonisation des compétences financières en relation avec les marchés publics

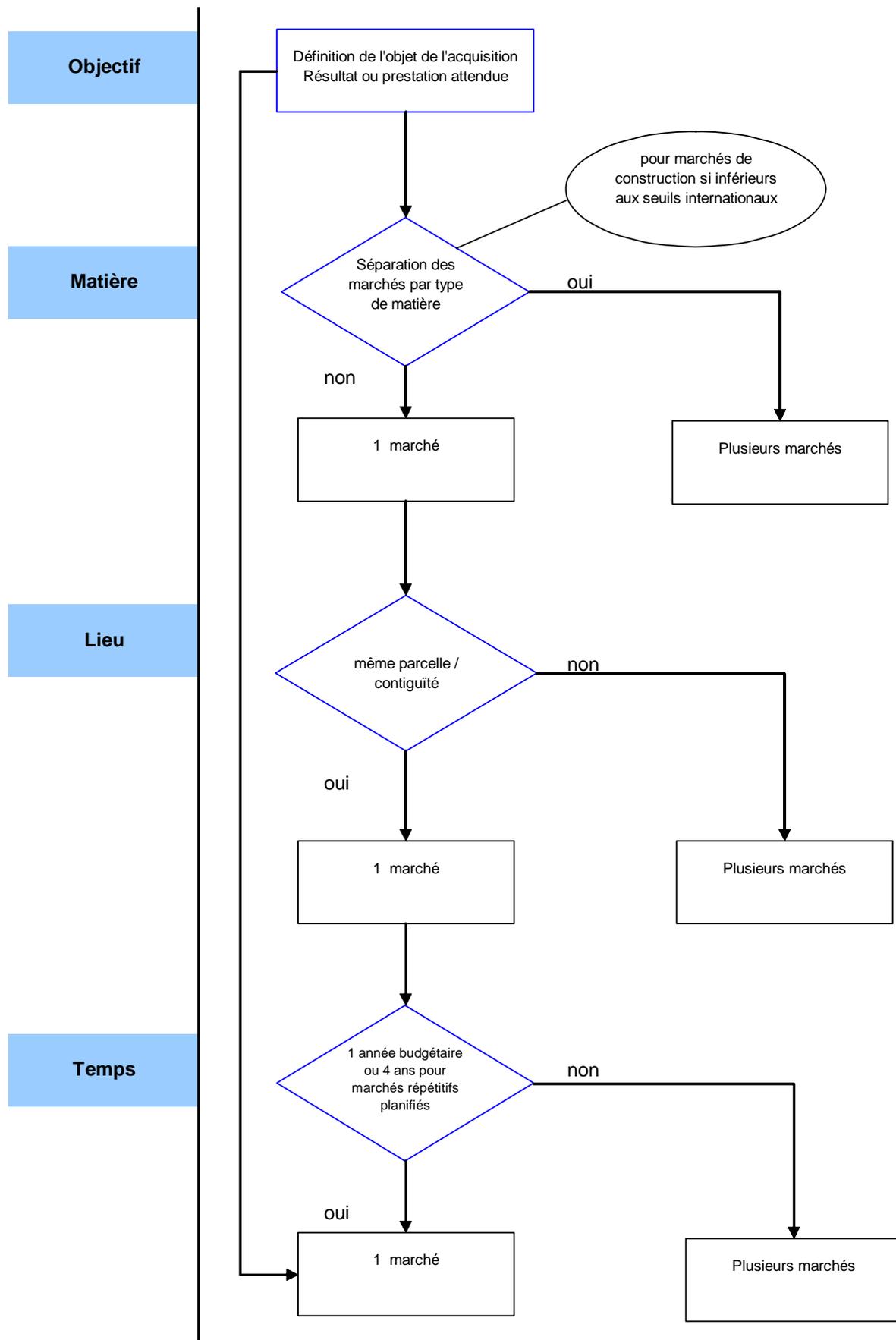
S'agissant de la problématique des compétences financières, il est apparu que la matière est souvent considérée comme ardue auprès des personnes devant l'appliquer. Pour cette raison, le groupe de travail a choisi de rappeler en premier lieu quelques définitions importantes et a présenté au moyen de tableaux les dispositions légales régissant les compétences financières. Ces tableaux traitent les principales situations pouvant se présenter et apportent les réponses aux questions fréquemment posées. Le groupe de travail est d'avis que ces documents, annexés au présent rapport, devraient à l'avenir servir de documents de référence en matière de compétences financières et d'adjudications.

Par ailleurs, suite à la demande du Conseil d'Etat du 28 novembre 2007, le groupe de travail propose de modifier l'alinéa 2 de l'article 33 de l'ordonnance sur les marchés publics du 11 juin 2003 dans le sens suivant :

²La compétence d'approbation des propositions d'adjudication est déterminée de la même manière que celle valant pour les compétences financières telles que fixées par l'article 32 de la loi sur la gestion et le contrôle administratifs et financiers du canton du 24 juin 1980 ainsi que par l'ordonnance concernant la délégation de compétences financières du Conseil d'Etat aux départements et aux services du 29 juin 2005.

En conséquence, l'art. 16 de l'ordonnance concernant la délégation de compétences financières du Conseil d'Etat aux départements et aux services du 29 juin 2005 doit être abrogé.

VI. Définition proposée d'un marché



Pour savoir si l'on peut considérer qu'il s'agit d'un seul ou de plusieurs marchés, le groupe de travail propose d'adopter le schéma présenté ci-dessus fonctionnant selon le principe du « filtre » ou de « l'entonnoir ».

Selon le schéma proposé, 4 éléments doivent être analysés :

1. ***l'objectif*** poursuivi,
2. ***l'unité de matière***,
3. ***le lieu d'exécution***,
4. ***la période temporelle***.

L'objectif :

La première démarche que tout adjudicateur doit effectuer est de définir exactement ce qu'il souhaite acquérir et ce qui fera l'objet de la procédure. En fonction de la réponse apportée à ces premières questions, il pourra alors identifier le ou les types de marchés dont il s'agit (marché de construction, marché de services, marché de fournitures).

Ainsi, s'il désire par exemple refaire le revêtement d'une route, il s'agira d'un marché de construction ou s'il désire acquérir du matériel informatique, il se trouvera en présence d'un marché de fourniture. Dans des situations plus complexes, l'adjudicateur pourra identifier plusieurs types de marchés : deux marchés de construction distincts s'il souhaite à la fois refaire le revêtement d'une route et effectuer en même temps par exemple des travaux en relation avec les canalisations ou un marché de fourniture et un marché de services s'il souhaite acquérir du matériel informatique et faire effectuer la maintenance du matériel acheté.

En fonction de l'objectif poursuivi, du résultat attendu voire de la méthode de travail demandée, il pourra s'avérer qu'aucune autre question ne nécessite un examen si l'adjudicateur a la volonté dès la planification de ne passer qu'un seul marché. A titre d'exemple, si un adjudicateur souhaite acquérir pour plusieurs bâtiments sis dans des localités différentes un seul système d'alarme et faire effectuer la maintenance du système sur cinq ans par le fournisseur du matériel, le tout ne formera qu'un seul marché.

En définitive, le critère de l'objectif permettra à un adjudicateur de lier entre eux des travaux ou des prestations, de les considérer comme étant seul objet et de les inclure dans la même procédure d'acquisition.

La matière :

Si l'adjudicateur est arrivé au constat qu'il se trouve en présence de plusieurs types de marchés, comme par exemple un marché de fourniture et un marché de service ou deux marchés de construction distincts, il pourra traiter chaque marché identifié de manière indépendante s'il n'a pas la volonté de lier ces marchés de types différents cela pour autant que les travaux et les prestations puissent être dissociés.

Cette décision aura des répercussions sur la valeur du marché et par conséquent sur le choix de la procédure et bien sûr également sur le nombre de procédure « marchés publics » devant être menée.

Pour les marchés internationaux de construction, les dispositions légales en vigueur obligent cependant l'adjudicateur à appliquer la notion d'ouvrage. Dans ce cas de figure, les marchés de construction pourront être mis en soumission de manière indépendante mais la valeur totale de tous les marchés déterminera le choix de la procédure devant être appliquée à chacun d'entre eux (art. 4, al. 2 LcAIMP).

Le lieu :

Ce critère revêt toute son importance pour les marchés de construction. A cet égard, il est vite apparu que les contraintes architecturales ou les techniques de construction peuvent différer fondamentalement en fonction du lieu de réalisation. Pour cette raison, le groupe de travail a estimé que le lieu d'exécution est l'un des éléments clefs pour déterminer si l'on est en présence d'un seul marché ou de plusieurs marchés. Au cours des discussions, cette notion a été précisée et le groupe de travail propose de considérer qu'il y a unité de lieu lorsque des travaux ou des prestations doivent être effectués sur la même parcelle ou sur des parcelles contiguës.

Sur cette base, si un adjudicateur décide de construire deux locaux d'entretien identiques à des endroits différents, d'entreprendre la réfection d'une route sur des tronçons non contigus ou de faire réaliser un même type d'étude pour des bâtiments ou ouvrages sis à des endroits différents, l'unité de lieu n'est plus présente et ces marchés peuvent être considérés comme des marchés distincts et adjugés de manière séparée. Par contre, si un adjudicateur décide de refaire un premier tronçon de route allant du km 23.0 au km 25.0 et un deuxième tronçon de la même route allant du km 25.0 au km 27.0, alors l'ensemble ne formera qu'un seul marché. L'adjudicateur reste bien entendu libre de former deux lots distincts, étant précisé qu'un lot doit être compris comme la possibilité de répartir le marché total en plusieurs marchés qui peuvent être mis en soumission séparément ou en même temps et adjugés indépendamment les uns des autres à différents soumissionnaires.

Le temps :

Le critère temporel a toute son importance lorsqu'il s'agit de marchés identiques dont on sait qu'ils se répètent année après année (marchés répétitifs). Pour ce type de marchés, la période temporelle qui devrait être prise en compte est une période de quatre ans.

Pour les autres marchés, comme la législation impose déjà pour les marchés de services et de fournitures identiques de prendre en compte pour le calcul de la valeur du marché soit la valeur totale effective des marchés répétitifs passés au cours des douze derniers mois, soit la valeur estimée des marchés répétitifs de l'exercice en cours ou dans les douze mois qui suivent le premier marché (cf. l'art. 5, al. 1 de la loi concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 8 mai 2003), il est apparu opportun de reprendre cette même durée et de limiter la période temporelle à l'année budgétaire.

Ainsi, si la réfection d'un tronçon de route allant du km 3.0 au km 5.0 est planifiée pour 2007 et que la réfection du tronçon de la même route allant du km 5.0 au km 8.0 est planifiée pour 2008, la période temporelle déterminante est l'année budgétaire. L'on sera donc en présence de deux marchés de construction. Par contre, si un adjudicateur doit par exemple faire imprimer chaque année une brochure sur un thème déterminé, c'est une période de quatre ans qu'il faudra prendre en compte.

VII. Conclusions

Le groupe de travail demande au Conseil d'Etat d'approuver les propositions transmises et d'être autorisé à diffuser les schémas présentés au sein de l'administration cantonale ainsi qu'à les publier sur le site Internet de l'Etat du Valais, dans la rubrique « marchés publics ».

Se référant à votre décision du 20 décembre 2006, il demande également à ce qu'il soit autorisé à présenter à la Commission de gestion du Grand Conseil le résultat de ses travaux.

Enfin, le groupe de travail demande qu'un groupe d'accompagnement restreint soit constitué, formé de membres de l'actuel groupe de travail. Le rôle de ce groupe serait de répondre aux requêtes qui pourraient être ultérieurement formulées en relation avec la mise en œuvre des propositions contenues dans le présent rapport et d'assurer ainsi un accompagnement sur le terrain.

Pour le groupe de travail :

Philippe Spörri

Sion, le 11 décembre 2007

Annexes ment.