

AVANT-PROJET POUR MISE EN CONSULTATION PUBLIQUE

EXPOSÉ DES MOTIFS ET PROJET DE DÉCRET

**portant adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019
sur les marchés publics (AIMP 2019)**

et

EXPOSE DES MOTIFS ET PROJET DE LOI

sur les marchés publics (LMP-VD)

Table des matières

I. Exposé des motifs et projet de décret portant adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019)	4
1. Introduction	4
1.1 Ratification de l'AMP 2012.....	4
1.2 Harmonisation.....	4
2. Adhésion à l'AIMP 2019 et conséquences pour les cantons	5
2.1 Procédure d'adhésion.....	5
2.2 Intégration des dispositions d'exécution dans l'AIMP 2019	5
2.3 Dispositions d'exécution cantonales	5
3. Les nouveautés et principes essentiels de l'AIMP 2019	5
3.1 Article relatif au but.....	5
3.2 Clarification des notions et du champ d'application	6
3.3 Marchés publics axés sur la qualité	6
3.4 Développement durable	7
3.5 Nouveaux critères d'adjudication	7
3.6 Assujettissement de certaines concessions et de la délégation de certaines tâches publiques	7
3.7 Plateforme de publication commune de la Confédération et des cantons	8
3.8 Délais réduits afin d'accélérer la procédure.....	8
3.9 Protection juridique améliorée	8
3.10 Mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption ..	9
3.11 Exclusion, révocation et sanctions.....	9
3.12 Nouveaux instruments.....	9
3.12.1 Dialogue	10
3.12.2 Contrats-cadres	10
3.12.3 Enchères électroniques	10
4. Consultations auprès des cantons de l'AIMP 2019	11
5. Effets pour les soumissionnaires	11
6. Effets pour les adjudicateurs.....	12
7. Message type de l'AIMP 2019 [à intégrer]	12
II. Exposé des motifs et projet de loi sur les marchés publics (LMP-VD)	13
1. Introduction	13
2. Consultation	14
3. Commentaire article par article de la loi sur les marchés publics.....	14
Chapitre I Champ d'application.....	14

Chapitre II Dispositions particulières	14
Chapitre III Autorités compétentes	24
Chapitre IV Dispositions finales.....	29

I. Exposé des motifs et projet de décret portant adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019)

1. Introduction

Les marchés publics représentent un secteur important de l'économie nationale suisse. Le droit des marchés publics trouve son fondement dans l'Accord de l'OMC sur les marchés publics, l'Accord sur les marchés publics (ci-après : AMP) et dans l'Accord bilatéral passé avec l'UE sur certains aspects relatifs aux marchés publics. L'AMP est concrétisé par les cantons au travers de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (ci-après : AIMP). Suite à la révision de l'AMP, achevée en 2012 (ci-après : AMP 2012), des adaptations du droit national sont nécessaires.

1.1 Ratification de l'AMP 2012

Pour que la Suisse puisse participer aux nouveautés et aux nouveaux marchés, elle doit préalablement adapter le droit national. A cet effet, l'autorité compétente, à savoir l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (ci-après : AiMp), a adopté le nouvel AIMP à l'unanimité le 15 novembre 2019 (ci-après : AIMP 2019). La Confédération a également adapté son cadre légal, composé de la loi fédérale et de l'ordonnance sur les marchés publics. La Suisse ratifiera l'AMP 2012, qui confère aux entreprises suisses un accès élargi aux marchés d'environ 80 à 100 milliards de dollars par an, fin 2020.

1.2 Harmonisation

Dans le cadre de l'art. 95, al. 2 de la Constitution fédérale (RS 101), la Confédération a la possibilité de mettre en place un cadre juridique pour créer un espace économique suisse unique. L'art. 48 de la Constitution fédérale donne en outre la possibilité aux cantons de conclure des conventions entre eux. Ces conditions juridiques ont permis d'élaborer ensemble une législation d'harmonisation des marchés publics.

L'AIMP 2019 a pour effet d'harmoniser autant que possible la teneur des règles en matière de marchés publics de la Confédération et des cantons, tout en maintenant la répartition des compétences entre Confédération et cantons. Cette harmonisation de la Confédération et des cantons constitue une nouveauté significative.

La structure de l'AIMP 2019 et sa terminologie ont été revues à cet effet. Les concepts réglementaires éprouvés ont été conservés (p. ex. interdiction de négociation, protection juridique) et de nouvelles définitions ont été introduites. Il n'en résulte aucun changement matériel fondamental pour les cantons. Les changements concernent essentiellement les questions d'assujettissement (par exemple en lien avec la délégation de tâches publiques et l'attribution de certaines concessions) et les nouveaux instruments des marchés publics.

Une harmonisation doit en outre être réalisée entre les cantons. A cet effet, les dispositions qui étaient jusqu'à présent réglées dans les directives d'exécution de l'AIMP (ci-après : DEMP) ont été intégrées dans l'AIMP 2019. Comme par le passé, l'AIMP 2019 opère une distinction entre les marchés soumis aux accords internationaux, à savoir les marchés publics qui sont adjugés dans le champ d'application des engagements internationaux de la Suisse en matière de marchés publics, et les marchés non soumis

aux accords internationaux, à savoir les marchés publics qui sont uniquement soumis aux règles du droit interne.

2. Adhésion à l’AIMP 2019 et conséquences pour les cantons

2.1 Procédure d’adhésion

Les accords intercantonaux sont des accords de droit public, conclus par deux ou plusieurs cantons dans un domaine qui relève de leurs compétences. L’AIMP 2019 vise à uniformiser le droit entre les cantons. Les différents cantons peuvent approuver ou rejeter le texte de l’AIMP proposé. Une adhésion sous réserve n’est pas possible¹. Les dispositions de l’AIMP 2019 sont au demeurant directement applicables.

2.2 Intégration des dispositions d’exécution dans l’AIMP 2019

Différentes branches économiques réclament depuis des années une harmonisation entre les régimes juridiques de la Confédération et des cantons ainsi qu’entre ceux des cantons eux-mêmes. Le nouvel Accord intercantonal permet de satisfaire cette demande. L’une des étapes nécessaires pour parvenir à cette fin fut d’intégrer dans l’AIMP 2019 l’essentiel des dispositions d’exécution jusqu’à présent réglementées au niveau cantonal, respectivement dans les DEMP.

2.3 Dispositions d’exécution cantonales

L’AIMP en vigueur constitue un accord-cadre, alors que l’AIMP 2019 règle pratiquement tous les domaines du droit des marchés publics. Dans le cadre de l’art. 63, al. 4, les cantons ont la possibilité d’édicter leurs propres dispositions. L’article cité prévoit que les cantons peuvent édicter des dispositions d’exécution, en particulier pour les art. 10, 12 et 26, pour autant que les engagements internationaux soient respectés. Les cantons conservent en outre la compétence organisationnelle et déterminent en toute autonomie qui, dans le canton, détient quelles compétences en matière de marchés publics.

3. Les nouveautés et principes essentiels de l’AIMP 2019

Grâce au nouveau droit des marchés publics, la concurrence axée sur la qualité, les préoccupations relatives au développement durable et la prise en compte de solutions innovantes prendront beaucoup d’importance. Les PME suisses pourront ainsi engranger des points dans les marchés des pouvoirs publics. Voici un bref aperçu des changements les plus importants.

3.1 Article relatif au but

L’article relatif au but n’exige plus seulement une utilisation des deniers publics qui soit économique, encore faut-il que cette utilisation ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables (art. 2 AIMP 2019). Les trois dimensions du développement durable sont ainsi expressément couvertes. Cet ajout tient compte de la prise de conscience accrue de la société en faveur d’une action durable.

L’article relatif au but sert à interpréter les dispositions suivantes. L’ordre d’énumération à l’art. 2 AIMP 2019 ne signifie pas que le premier but revêt une importance prioritaire par rapport aux suivants. Tous les buts méritent la même attention.

¹ Cf. également à ce sujet PETER HÄNNI, Verträge zwischen den Kantonen und zwischen dem Bund und den Kantonen, *in* : Thürer et al. (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001, § 28, Cm 23.

3.2 Clarification des notions et du champ d'application

L'AIMP 2019 contient désormais une courte liste de définitions (art. 3) qui comprend notamment les termes «entreprise publique» et «organismes de droit public». Le champ d'application subjectif concernant les adjudicateurs a été précisé (art. 4). En ce qui concerne le champ d'application objectif, une définition du terme «marchés publics» a été intégrée (art. 8). La délégation de tâches publiques et l'attribution de concession sont désormais expressément traitées comme des marchés publics (art. 9). L'AIMP 2019 prévoit d'une part que la délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. Les dispositions spéciales du droit fédéral et cantonal demeurent réservées. Ainsi, par exemple, les concessions dans le domaine des forces hydrauliques ne sont pas concernées par ce nouvel article. Les exceptions (art. 10) ont été redéfinies et élargies. Ainsi, il est prévu que l'accord ne s'applique pas aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, des organismes d'insertion socioprofessionnelle, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires (art. 10, al. 1, let. e) ou aux institutions de prévoyance de droit public cantonales et communales (art. 10, al. 1, let. g). L'AIMP 2019 confère aux cantons le droit de définir un assujettissement dans le cadre des dispositions d'exécution cantonales pour ce qui a trait aux marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnelle et pour ceux des institutions de prévoyance de droit public cantonales et communales. Pour finir, même si la doctrine et la jurisprudence l'admettent déjà, l'AIMP 2019 exempte quatre types de marchés : les monopoles, les marchés *in-state*, *in-house* et *quasi in-house* (art. 10, al. 2).

3.3 Marchés publics axés sur la qualité

Le nouveau droit a pour objectif d'accorder une plus grande importance à la qualité. Qualifié de « changement de paradigme » par différentes instances, cet aspect se retrouve dans plusieurs dispositions de l'AIMP 2019. Ainsi, le critère de la qualité a gagné en importance et il est mis sur pied d'égalité avec le prix en devenant un critère d'adjudication obligatoire (art. 29, al. 1). La qualité attendue est définie par le pouvoir adjudicateur, notamment au moyen des spécifications techniques insérées dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres (art. 30 al. 1). L'art. 41 ancre, quant à lui, le nouveau concept de l'offre la «plus avantageuse» à la place de l'offre «économiquement la plus avantageuse» jusqu'à présent utilisé, afin de minimiser l'importance accordée à l'aspect économique des offres lors de leur évaluation. En revanche, les prestations standardisées peuvent, comme par le passé, être attribuées uniquement sur la base du prix global le plus bas.

L'offre la «plus avantageuse» est celle qui répond le mieux aux critères d'adjudication, c'est-à-dire à la qualité globale de l'offre. C'est la raison pour laquelle le soumissionnaire qui a remis l'offre la plus avantageuse dispose d'un droit à l'obtention de l'adjudication en droit des marchés publics. Celui-ci est déterminé en tenant compte de la qualité et du prix d'une prestation, mais aussi, selon l'objet de la prestation, d'autres critères équivalents tels que l'adéquation, les délais, les coûts du cycle de vie, le développement durable, les conditions de livraison, le service à la clientèle, etc. (cf. art. 29). La prise en compte d'objectifs secondaires (tels que l'insertion sociale, les places de formation dans la formation professionnelle initiale) est également possible, mais ne doit pas se traduire par une discrimination ou un refus injustifié de l'accès au marché.

3.4 Développement durable

Le développement durable joue un rôle central dans l'AIMP 2019. Les dispositions correspondantes figurent aux art. 2, 12, 29 et 30. Une plus grande marge de manœuvre sera accordée aux pouvoirs adjudicateurs dans la prise en compte du développement durable qui doit désormais être exploitée. Ce renforcement du développement durable devrait influencer et influencera de plus en plus la conception des critères dans les appels d'offres futurs.

Dorénavant, les pouvoirs adjudicateurs seront par exemple tenus de prendre davantage en considération les différentes dimensions du développement durable dans l'élaboration de leurs systèmes d'évaluation.

Demeure toutefois interdite l'utilisation du développement durable à des fins protectionnistes. L'égalité de traitement commande qu'un standard de durabilité tout aussi élevé soit exigé des soumissionnaires suisses et étrangers.

3.5 Nouveaux critères d'adjudication

L'AIMP 2019 introduit désormais la possibilité pour l'adjudicateur de prendre en compte des critères d'adjudication dits «étrangers au marché» dans le cadre d'un marché public. Ces critères sont énoncés à l'art. 29, al. 2. L'adjudicateur peut prendre en compte à titre complémentaire la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation initiale, des places de travail pour les travailleurs âgés ou une réinsertion pour les chômeurs de longue durée. Il s'agit de critères sociaux, qui ne peuvent être utilisés que pour les adjudications cantonnées au marché intérieur (marchés non soumis aux accords internationaux).

3.6 Assujettissement de certaines concessions et de la délégation de certaines tâches publiques

Les concessions relevant du droit administratif suisse sont multiples – *la* concession n'existe pas. Elles sont soumises au droit des marchés publics lorsqu'il s'agit de déléguer une tâche publique, élément définitoire d'un marché public selon l'art. 8 AIMP 2019. Au sens de l'AIMP 2019, l'octroi d'une concession à une entreprise privée implique que cette dernière se voit accorder des droits qu'elle n'avait pas avant. Les concessions sans rapport avec des tâches publiques (par ex. les concessions d'usage privatif) ou qui ne confèrent aucun statut particulier au soumissionnaire ne sont pas soumises à l'AIMP 2019.

Du fait de ressources restreintes et de par sa concentration sur ses compétences clés, l'Etat a confié à des entreprises privées des tâches publiques relevant de différents domaines, et ce à tous les échelons (Confédération, cantons et communes). Si l'Etat, se fondant sur une base légale, décide de confier une tâche publique à des tiers, la délégation de cette tâche publique est en principe soumise au droit des marchés publics (cf. art. 9 AIMP 2019 à ce sujet), que l'exécution de cette tâche soit financée directement par l'adjudicateur ou par un fonds ou une assurance.

Le renvoi aux «tâches publiques» englobe tous les secteurs dans lesquels une responsabilité d'exécution incombe à l'Etat. Citons à titre d'exemple la police, soit la protection de l'ordre public et la sécurité, la politique de la santé ou encore la politique sociale. Si la loi, par exemple, oblige l'Etat à veiller à l'élimination de déchets problématiques, ce dernier a la possibilité de déléguer cette tâche à des tiers, pour autant qu'une base légale l'y autorise.

Les cantons et les communes sont soumis à l'obligation, prévue à l'art. 2, al. 7 LMI, de lancer un appel d'offres pour les concessions. Pour l'octroi de concessions de monopoles et de concessions de services publics, le droit des marchés publics, axé sur la concurrence et la rentabilité, n'est pas non plus toujours approprié. C'est pourquoi les règles de droit spécial priment (par ex. art. 3a et art. 5 al. 1 LApEl, art. 60, al. 3^{bis}, et 62, al. 2^{bis}, LFH ; les réglementations cantonales peuvent également être considérées comme des règles de droit spécial).

3.7 Plateforme de publication commune de la Confédération et des cantons

L'utilisation des technologies modernes de l'information améliore la transparence des marchés publics et facilite l'entrée sur le marché. Tant dans la procédure ouverte que dans la procédure sélective, l'appel d'offres, l'adjudication et l'interruption de la procédure sont obligatoirement publiés sur la plateforme Internet (aujourd'hui simap.ch) pour les marchés publics, exploitée conjointement par la Confédération et les cantons (art. 48 AIMP 2019). Une obligation de publication existe par ailleurs aussi pour les adjudications de gré à gré des marchés soumis aux accords internationaux. Outre les cantons qui utilisent déjà simap.ch de manière obligatoire, tous les autres adjudicateurs doivent désormais également publier sur simap.ch les marchés dans les procédures ouvertes et sélectives. Les cantons sont libres de prévoir des organes de publication supplémentaires.

L'utilisation accrue des technologies modernes de l'information dans les marchés publics, en particulier de simap.ch, augmentera encore la transparence des marchés publics et réduira la charge de travail des soumissionnaires. Actuellement, quelque 20'000 publications d'une valeur de marché d'environ 17,5 milliards de francs sont publiées chaque année sur simap.ch. Avec l'obligation légale pour tous les pouvoirs adjudicateurs soumis au concordat de publier sur simap.ch, le nombre de marchés publiés et le volume des adjudications devraient fortement augmenter à l'avenir.

3.8 Délais réduits afin d'accélérer la procédure

L'AMP 2012 comprend désormais de nouvelles réductions des délais minimaux qui sont à présent reprises dans le droit national. Des réductions des délais pour les marchés soumis aux accords internationaux sont possibles dans la procédure ouverte, mais aussi dans la procédure sélective (art. 47 AIMP 2019). En ce qui concerne les marchés qui ne tombent pas dans le champ d'application des accords internationaux, le délai de remise des offres est en général de 20 jours. Ce délai minimal ne peut être raccourci qu'exceptionnellement pour des marchandises et des services standardisés, un **délai minimal** de cinq jours devant dans tous les cas être respecté (art. 46 al. 4 AIMP 2019). Dans le respect du délai minimal de cinq jours, les cantons ont la possibilité de prévoir d'autres délais.

3.9 Protection juridique améliorée

Le délai de recours a été allongé à 20 jours, afin d'assurer l'harmonisation entre la Confédération et les cantons (art. 56 AIMP 2019). Les cantons ne disposent aujourd'hui que d'un délai de recours de dix jours. Celui-ci s'avère être particulièrement court en comparaison avec les autres délais de recours, qui sont généralement de 30 jours.

Seul le tribunal administratif est compétent au niveau cantonal pour les procédures de recours en lien avec les marchés publics, quand la valeur du marché atteint au moins la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation (art. 52 AIMP 2019). L'instance de recours peut statuer sur les éventuelles demandes en dommages-intérêts, en même temps qu'elle procède à la constatation de la violation du droit (art. 58 AIMP 2019). Comme précédemment, les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas.

3.10 Mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption

L'amélioration des conditions-cadres pour la concurrence est au cœur de la révision de l'AMP. Cet objectif doit principalement être atteint grâce à une transparence accrue et à une lutte plus systématique contre la corruption qui fausse ou empêche la concurrence. La corruption peut revêtir de nombreuses formes. Elle repose sur l'octroi et l'acceptation d'avantages matériels pour lesquels il n'existe aucun droit légal.

L'art. 11 AIMP 2019 oblige les cantons à prendre des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption. Les cantons sont tenus de prévoir des mesures appropriées à cet effet. On peut par exemple penser ici à la publication active et appropriée de toutes les informations sur une procédure d'adjudication et à la divulgation des différentes étapes de la procédure aux soumissionnaires, à la dénonciation des actes de corruption et d'autres infractions pénales, à la coopération active aux investigations et à la poursuite pénale de la corruption, ainsi qu'au gel, à la saisie, à la confiscation et à la restitution des produits des délits, au prononcé de sanctions disciplinaires et à la mise en œuvre des conséquences en matière de personnel, à l'approfondissement actif et à la diffusion de la prévention de la corruption, à la formation et au perfectionnement des pouvoirs adjudicateurs ou à l'utilisation de règles de conduite pour l'accomplissement correct et en bonne et due forme des tâches de l'adjudicateur.

3.11 Exclusion, révocation et sanctions

La liste des motifs d'exclusion et de révocation cités à titre d'exemple est structurée dans l'AIMP 2019 de façon systématique et enrichie. L'art. 44 contient une liste non exhaustive des motifs possibles. Deux catégories sont désormais distinguées: l'al. 1 exige des connaissances certaines pour prononcer une exclusion, une révocation ou une radiation d'une liste officielle. Le fait que l'adjudicateur puisse tenir compte des expériences négatives faites à l'occasion de marchés antérieurs, tout comme des résultats d'investigations menées par la COMCO (accords de soumission, collusion) représente une nouveauté capitale (let. h). Le pouvoir adjudicateur a aussi la possibilité de ne pas prendre en considération des soumissionnaires qui ont fait l'objet d'une exclusion entrée en force selon l'art. 45, al. 1 (let. j). A l'al. 2, des indices suffisants permettent d'exclure un soumissionnaire, de le radier d'une liste ou de révoquer une adjudication. Si l'exclusion ou la révocation se fondent sur un motif non énoncé, l'adjudicateur doit à chaque fois disposer d'indices suffisants.

L'art. 45 inscrit en outre les sanctions «avertissement», «exclusion» (jusqu'à cinq ans) et «amende» (jusqu'à 10% du prix final de l'offre) dans l'AIMP 2019. Une liste non publique des soumissionnaires et sous-traitants sanctionnés est tenue par l'AiMp.

3.12 Nouveaux instruments

L'AIMP 2019 entend accorder aux adjudicateurs et aux soumissionnaires une marge de manœuvre maximale (dans le respect des principes du droit des marchés publics), tout en encourageant l'utilisation des technologies modernes de l'information dans les marchés publics. Au plan matériel, les modifications proposées concernent notamment l'introduction d'instruments d'acquisition flexibles, qui permettent à leur tour la création de solutions innovantes. Il s'agit d'instaurer la plus grande marge de manœuvre possible dans la perspective des évolutions futures, par exemple dans le domaine de l'acquisition de prestations intellectuelles. Les instruments, tels que le dialogue entre l'adjudicateur et les soumissionnaires (art. 24), la possibilité de conclure des contrats-cadres déjà mise à profit en pratique depuis un certain temps (art. 25), avec la procédure de conclusion de contrats subséquents ainsi que la conduite d'enchères électroniques (art. 23), sont ancrés dans l'AIMP 2019.

3.12.1 Dialogue

En cas de marchés complexes, de prestations intellectuelles ou de prestations innovantes, il est souvent impossible de décrire et de délimiter le contenu du marché de façon suffisamment précise dans un cahier des charges, déjà avant l'appel d'offres. Dans ce cas, l'instrument du dialogue peut être choisi et utilisé dans la procédure sélective et ouverte.

Dans le cadre du dialogue, l'adjudicateur peut, en concertation avec des soumissionnaires sélectionnés, élaborer des pistes de solutions ou de procédés devant déboucher, au terme de ce dialogue, sur une description des prestations tenant compte à la fois des exigences de l'adjudicateur comme des capacités et des ressources des soumissionnaires. Ainsi, l'adjudicateur a à sa disposition un instrument lui permettant de mettre à profit, sur un marché donné, le savoir-faire spécifique des soumissionnaires et de promouvoir l'innovation. Les interruptions de procédures et le lancement de nouveaux appels d'offres peuvent ainsi être évités. Pour les soumissionnaires, le dialogue présente également un avantage: ils n'ont pas à élaborer leur offre dans les moindres détails dès le début de la procédure d'adjudication, mais peuvent l'affiner au cours d'un processus continu.

Le dialogue ne doit pas être engagé dans le but de négocier les prix offerts (cf. à ce propos art. 11, let. d AIMP 2019). En conséquence, il est expressément rappelé que le dialogue ne doit pas être mené dans le but de négocier les prix et les prix globaux (art. 24, al. 2 AIMP 2019).

Citons comme exemple d'une telle tâche complexe dont les conditions-cadres ne peuvent pas être déterminées par avance, le changement d'affectation d'une friche industrielle avec un usage futur inconnu et de nombreux propriétaires impliqués.

3.12.2 Contrats-cadres

Dans les contrats-cadres, l'appel d'offres ne porte pas sur un volume de prestations déterminé, mais sur le droit pour l'adjudicateur d'acquiescer certaines prestations dans un laps de temps donné. Les contrats-cadres font notamment l'objet d'un appel d'offres pour des raisons économiques, afin d'éviter une dépendance par rapport à un seul fournisseur ou pour prévenir toute difficulté d'approvisionnement. La possibilité de conclure des contrats-cadres ne constitue pas une procédure en soi. Elle peut être appliquée dans le cadre des procédures d'adjudication existantes. Même si l'instrument du contrat-cadre se traduit par une certaine flexibilité pour le pouvoir adjudicateur, l'AIMP 2019 exige cependant clairement que la durée du contrat-cadre ainsi que les prix (maximaux) soient au moins fixés. L'objet du contrat doit également être défini de manière aussi concrète et exhaustive que possible pour obtenir des prix facturables.

L'AIMP 2019 distingue entre le contrat-cadre avec un adjudicataire (cf. art. 25, al. 4) et celui avec plusieurs adjudicataires (cf. art. 25, al. 5). Des «raisons suffisantes» sont en outre exigées pour le contrat-cadre avec adjudication multiple.

3.12.3 Enchères électroniques

L'enchère électronique ne constitue pas une procédure d'adjudication autonome, mais un instrument qui peut être utilisé dans le cadre d'un projet d'acquisition.

Au cours d'une première phase (préqualification), l'adjudicateur vérifie les critères d'aptitude et les spécifications techniques, puis procède à une première évaluation. Ce n'est que dans un deuxième

temps que l'enchère à proprement parler intervient dans la procédure, plusieurs séances d'évaluation étant possibles. Les soumissionnaires peuvent modifier le prix ou certains composants quantifiables de leurs offres. L'évaluation des offres modifiées et le nouveau classement correspondant des soumissionnaires sont opérés par un système automatisé.

Le champ d'application de l'enchère électronique s'étend uniquement aux prestations standardisées. Les autres prestations (p. ex. prestations intellectuelles) ne peuvent donc pas faire l'objet d'une enchère électronique. La pratique devra montrer où ce nouvel instrument pourra être utilisé avec profit.

4. Consultations auprès des cantons de l'AIMP 2019

La consultation relative au projet d'AIMP 2019 s'est déroulée du 22 septembre au 19 décembre 2014. Tous les cantons ainsi que 58 organisations et particuliers y ont participé. Une délégation cantonale du groupe de travail a préalablement présenté le projet au Bureau Interparlementaire de Coordination (ci-après : BIC) et s'est tenue à disposition pour un échange. Le BIC a également remis une prise de position.

Dans les prises de position, les participants à la consultation se sont notamment exprimés sur l'harmonisation parallèle en tant que démarche proposée, la définition de la protection juridique, le maintien de l'interdiction de négociation et le droit de recours des autorités proposé par la COMCO. Dans d'autres réponses, les participants à la consultation ont également préconisé une prise en compte accrue de la durabilité en fonction des aspects écologiques, sociaux et économiques.

A l'issue de la procédure de consultation, le projet d'AIMP 2019 a été remanié en fonction des réponses reçues. Par la suite, en raison de la transmission du projet de révision de la loi fédérale sur les marchés publics (P-LMP) au Parlement fédéral le 15 février 2017, les cantons ont suspendu leurs travaux afin de pouvoir garantir l'harmonisation parallèle souhaitée avec la Confédération.

Après l'adoption de la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, avec différentes modifications, dans le cadre des délibérations finales du Conseil national et du Conseil des Etats le 21 juin 2019, les cantons ont vérifié une nouvelle fois lesquelles de ces modifications devaient également être reprises dans l'AIMP 2019 à la lumière de l'harmonisation parallèle, et celles pour lesquelles des différences par rapport au droit fédéral devaient en revanche subsister.

Une consultation succincte a été réalisée à cet effet, à laquelle le BIC a également été convié. Des adaptations ont ensuite été réalisées pour les dispositions où au moins trois-quarts des cantons ont approuvé une harmonisation. Les adaptations pour lesquelles aucune majorité claire n'a pu être déterminée ont fait l'objet de discussions approfondies lors de l'assemblée générale en septembre et de l'assemblée plénière spéciale de novembre 2019, puis décidées par vote. L'Accord intercantonal proposé est donc un accord soigneusement rédigé et solide.

5. Effets pour les soumissionnaires

L'harmonisation des règles en matière de marchés publics de la Confédération et des cantons permet aux soumissionnaires de standardiser encore davantage leurs processus. Ils peuvent s'attendre à moins

de travail de clarification, également en raison d'une jurisprudence qui devrait être plus homogène et d'une plus grande clarté des bases légales.

Certaines dispositions visent en outre directement une réduction de la charge administrative de la part des soumissionnaires. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs ne pourront par exemple demander les attestations en relation avec les conditions de participation des soumissionnaires qu'à un stade ultérieur de la procédure (p. ex. une garantie bancaire, art. 26 al. 3 et art. 27 al. 3 AIMP 2019). L'utilisation plus répandue des technologies modernes de l'information dans les marchés publics, notamment de la plateforme Internet conjointe de la Confédération et des cantons (simap.ch), devrait également réduire la charge administrative pour les soumissionnaires.

Grâce aux nouvelles orientations, par exemple la concurrence axée sur la qualité, la prise en compte du développement durable de même que la capacité d'innovation des entreprises, les PME suisses peuvent mettre en avant leurs atouts dans le cadre des marchés publics.

6. Effets pour les adjudicateurs

La révision de l'AIMP se traduit par une simplification et des améliorations du cadre juridique. Des instruments éprouvés dans la pratique, par exemple le recours aux marchés *in-house* (art. 10, al. 3, let. c) ou aux accords-cadres (art. 25) ont été ancrés dans l'AIMP 2019. Il en résulte une réglementation plus complète et plus précise. De nouveaux instruments tels que les enchères électroniques (art. 23) ou le dialogue (art. 24) sont en outre disponibles pour les adjudicateurs et les soumissionnaires. Il en résulte une plus grande flexibilité et l'encouragement du recours à une technologie moderne de l'information. Des sanctions ont par ailleurs été introduites afin de poursuivre les soumissionnaires et les sous-traitants qui ne respectent pas, notamment, les conditions de travail applicables, les dispositions relatives à la protection des travailleurs, l'égalité salariale, les obligations découlant de la loi fédérale sur le travail au noir (LTN ; RS 822.41) et la protection de l'environnement. Les dispositions des art. 44 et 45 AIMP 2019 prévoient ainsi la possibilité d'infliger des amendes ou de prononcer des exclusions des marchés publics futurs pouvant s'étendre sur une période de cinq ans au maximum. Dans les cas mineurs, un avertissement peut être prononcé. Pour finir, la valeur seuil pour les fournitures dans les procédures de gré à gré a été relevée de CHF 100'000.- à CHF 150'000.-. Cette nouveauté a l'avantage d'accorder aux adjudicateurs une plus grande marge de manœuvre pour l'adjudication de petits marchés de fournitures. Par ailleurs, cette valeur seuil est à présent alignée sur les valeurs seuils des procédures de gré à gré des marchés de services et de construction du second œuvre. Une harmonisation avec les valeurs seuils de la Confédération dans le domaine des marchés de gré à gré est ainsi réalisée.

7. Message type de l'AIMP 2019 [à intégrer]

II. Exposé des motifs et projet de loi sur les marchés publics (LMP-VD)

1. Introduction

L'adhésion à l'AIMP 2019 implique pour le canton de Vaud une refonte de sa législation en matière de marchés publics, soit une révision totale de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD ; BLV 726.01) et de son règlement d'application du 7 juillet 2004 (RLMP-VD ; BLV 726.01.1). Plus complet et plus précis, l'AIMP 2019 optimise le régime légal actuel et le rend plus transparent. Il clarifie certaines notions au moyen de définitions légales, compile la jurisprudence et offre en définitive un corps de règles commun souhaité de longue date pour régir la passation des marchés publics au niveau des cantons et, à de rares exceptions près, de la Confédération. Cette harmonisation permettra aux soumissionnaires de standardiser davantage leurs processus de présentation des offres et contribuera ainsi à réduire leur charge de travail administrative.

En contrepartie de l'accès à ce nouveau corps de règles, le canton de Vaud, à l'instar des autres cantons, accepte de renoncer à son autonomie législative dans une large mesure, sous réserve de la compétence résiduelle instaurée par l'art. 63, al. 4 AIMP pour édicter des dispositions d'exécution dans des domaines particuliers restreints.

Pour le canton de Vaud, l'adhésion à l'AIMP 2019 s'inscrit dans la continuité du régime légal actuel. Pouvoirs adjudicateurs, soumissionnaires et mandataires conserveront ainsi leurs automatismes dans une certaine mesure. Cette adhésion impose la transposition et la concrétisation de certaines dispositions au niveau cantonal. Il convient ainsi, à titre d'exemple, de désigner les différentes autorités compétentes, notamment l'autorité compétente pour prononcer des sanctions au sens de l'art. 45 AIMP ; mais aussi de préciser si l'existence de voies de recours (art. 52, al. 1 AIMP) pour les marchés de faible importance est fonction d'une valeur seuil ou d'un type de procédure en particulier ou encore de préciser les règles à appliquer en procédure sur invitation.

En matière d'assujettissement, le canton de Vaud propose de suivre la position finalement adoptée à l'art. 10, al. 1, let. g AIMP 2019 par la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) d'exempter des marchés publics les institutions de prévoyance de droit public des cantons et des communes. Il propose également que les marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnels – et non par – soient soustraits au champ d'application des marchés publics en application de l'art. 10, al. 1, let. e AIMP 2010. Enfin, l'exemption de la Banque cantonale vaudoise qui figurait jusqu'alors dans le règlement cantonal (cf. art. 1 RLMP-VD) est inscrite dans la loi.

Le canton de Vaud souhaite également saisir l'opportunité que représente cette adhésion pour introduire, en sus des sanctions et mesures déjà prévues par l'AIMP 2019, de nouvelles mesures pour lutter contre les dérives de la sous-traitance en cascade (travail au noir, violation des conditions de travail et de salaire) en interdisant, par principe, le recours à la sous-traitance. Cette interdiction déjà présente dans d'autres législations cantonales est toutefois assortie d'exceptions. Outre cette interdiction, l'obligation faite à l'adjudicateur d'insérer une peine conventionnelle dans le contrat conclu avec le soumissionnaire retenu afin d'assurer tout au long de la phase d'exécution du marché le respect des exigences de l'art. 12 AIMP (par exemple le respect des conditions de travail applicables, l'interdiction du recours au travail au noir ou encore l'égalité salariale) déjà prévue dans le droit actuel, est introduite dans la loi (cf. art. 7 LMP-VD).

Enfin, il y a lieu de relever que l'harmonisation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics ne s'achève pas avec la révision parallèle du droit des marchés publics, mais requiert une étroite collaboration et coordination dans les questions d'exécution, tant entre les cantons, qu'entre les cantons et la Confédération. Lors de l'assemblée plénière extraordinaire de l'AiMp du 15 novembre 2019, le conseiller fédéral Ueli Maurer et les représentants des gouvernements cantonaux ont soutenu le principe d'une mise en œuvre harmonisée du nouveau droit. Cette harmonisation des marchés publics dans le cadre de l'exécution est bénéfique à l'ensemble des acteurs des marchés publics.

2. Consultation

L'avant-projet de loi sur les marchés publics et son règlement d'application ont été mis en consultation publique du x au y [...]

3. Commentaire article par article de la loi sur les marchés publics

Chapitre I Champ d'application

Art. 1 But

Cet article définit le but de la loi. Il s'inscrit dans la logique de l'adhésion du canton de Vaud à l'AIMP 2019 par voie de décret.

Art. 2 Entité non assujettie

L'art. 2 correspond à l'article premier du règlement d'application du 7 juillet 2004 de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (ci-après : aRLMP-VD). Il maintient une exemption des marchés publics en faveur de la Banque Cantonale Vaudoise en vertu des art. 63, al. 4 et 10 AIMP 2019. Une telle exemption des marchés publics en faveur des banques cantonales existe également dans d'autres législations cantonales, ce qui se justifie dès lors que ces établissements revêtent un caractère commercial. L'assujettissement subjectif au droit des marchés publics est une question centrale de la législation, raison pour laquelle elle doit être traitée dans la loi plutôt que dans le règlement d'application

Chapitre II Dispositions particulières

Art. 3 Procédure sur invitation (art. 20 AIMP)

La procédure sur invitation est caractérisée au premier plan par la grande liberté laissée à l'adjudicateur de pouvoir inviter les soumissionnaires de son choix à participer à la procédure. Cette liberté est toutefois assortie d'un certain nombre de cautions destinées à assurer le respect des principes fondamentaux des marchés publics.

L'AIMP révisé ne définit pas avec précision les règles applicables à la procédure sur invitation, l'art. 20, al. 2 AIMP se contentant d'énoncer qu'en pareille procédure l'adjudicateur invite, si possible au moins trois soumissionnaires de son choix à présenter une offre, sans lancer d'appel d'offres public et que des documents d'appel d'offres doivent être établis. Le commentaire de l'art. 20, al. 1 AIMP 2019 contenu dans le Message type du 15 novembre 2019 apporte toutefois une précision supplémentaire en indiquant que : « *De manière générale, les règles de la procédure ouverte sont applicables par analogie à la procédure sur invitation, à l'exception des règles en matière de publication* ». A quelques détails près, cette précision existait déjà en droit vaudois à l'art. 9 aRLMP-VD aux termes duquel « *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 du présent règlement qui se rapportent aux délais et publications* ».

L'al. 1 de l'art. 3 a pour objectif de clarifier les règles applicables à la procédure sur invitation. Ces règles sont ainsi les mêmes que celles qui s'appliquent à la procédure ouverte, à l'exception des règles relatives à la publication des décisions. En effet, l'AIMP révisé ayant uniformisé les règles applicables en matière de délais pour les marchés non soumis aux accords internationaux, les délais de remise des offres sont désormais identiques dans les procédures ouvertes non soumises aux accords internationaux et dans les procédures sur invitation (cf. art. 46, al. 4 AIMP 2019).

Dans une procédure sur invitation, après avoir pris soin de définir ses besoins, le pouvoir adjudicateur adresse une lettre d'invitation à soumissionner aux différentes entités de son choix. Cette invitation ne fait pas l'objet d'une publication de sorte que l'adjudicateur choisit directement les futurs soumissionnaires au marché. L'invitation à soumissionner contient, généralement sous la forme d'une annexe, des documents d'appel d'offres qui vont énoncer les exigences du marché, les critères d'évaluation et leur pondération respective, la méthode de notation appliquée à l'évaluation du critère prix, les modalités relatives au traitement des éventuelles questions, le lieu, la date et les autres exigences afférentes à la remise des offres, les règles applicables en matière de sous-traitance et de variantes d'exécution, etc. Sur le contenu des documents d'appel d'offres, il peut être renvoyé à l'art. 36 AIMP 2019 ainsi qu'à l'art. 35 AIMP 2019. En effet, l'art. 35 contient des indications relatives au contenu de l'appel d'offres que l'on doit logiquement retrouver dans les documents de soumission d'une procédure sur invitation. Il en va ainsi des indications figurant à l'art. 35, let. a-g, i, k, l-n, p-s, u et v.

Cette invitation est adressée à l'ensemble des soumissionnaires au même moment pour leur assurer un délai de préparation et de remise des offres identiques et garantir ainsi le respect de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Comme la procédure sur invitation ne fait pas l'objet d'une publication sur la plateforme simap.ch, le pouvoir adjudicateur ne peut utiliser les fonctionnalités de cette plateforme pour réceptionner les éventuelles questions des soumissionnaires et y répondre en publiant simultanément les réponses. Pour cette raison, le traitement des questions-réponses en procédure sur invitation fait l'objet d'échanges écrits entre les soumissionnaires et le pouvoir adjudicateur. Une fois réceptionnées l'ensemble des questions des soumissionnaires, l'adjudicateur les traite et adresse à l'ensemble des participants à la procédure, y compris à ceux qui n'auraient pas posé de questions, un tableau énonçant les différentes questions posées sous forme anonymisée et les réponses de l'adjudicateur. Enfin, il convient de rappeler que les négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires ne sont pas autorisées en procédure sur invitation et que les décisions prises par l'adjudicateur dans une telle procédure au sens de l'art. 53, al. 1 AIMP 2019 sont sujettes à recours dans un délai de 20 jours.

L'al. 2 reprend une particularité vaudoise énoncée à l'art. 7, al. 1, let. bbis de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (ci-après : aLMP-VD). L'objectif poursuivi par une telle règle est autant de favoriser une concurrence saine et efficace et une utilisation économique des deniers publics que de prévenir l'émergence de cartel de soumission. Il s'inscrit dès lors pleinement dans le cadre des Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics édictées par l'Organisation de coopération et de développements économiques (OCDE).

Art. 4 Voies de droit (52 AIMP)

L'AIMP 2019, à son art. 52, al. 1, prévoit que les décisions de l'adjudicateur doivent pouvoir faire l'objet d'un recours lorsque la valeur du marché atteint « à tout le moins » le seuil déterminant pour la procédure sur invitation. Le système instauré par le droit intercantonal fait ainsi dépendre la faculté de recourir contre les décisions de l'adjudicateur d'une valeur seuil (autrement dit, d'un montant) et non du type de procédure suivi. En revanche, ni cette disposition ni son commentaire ne précisent expressément ce qu'il advient de la voie de recours dans le cadre d'une procédure ouverte, sélective ou d'une procédure sur invitation organisée pour un montant inférieur au seuil de la procédure sur invitation.

A la lecture du commentaire de l'AIMP 2019, il ressort que les cantons restent libres de mettre en œuvre dans leur législation un système dans lequel la possibilité de recourir n'est pas liée à une valeur seuil, mais est rattachée au type de procédure appliqué. A cet égard, l'unique exigence posée par le droit intercantonal est, comme exposé ci-dessus, qu'une voie de recours soit au minimum prévue dès que la valeur du marché dépasse le seuil de la procédure sur invitation.

Aussi, le canton de Vaud souhaite faire usage de la marge de manœuvre que lui confère l'AIMP 2019 et faire dépendre l'ouverture des voies de recours non pas de la valeur du marché mais bien du type de procédure suivi. Ce choix doit donc être ancré dans la nouvelle loi sur les marchés publics, en prescrivant qu'une voie de recours est ouverte contre les décisions rendues dans le cadre d'une procédure sur invitation et d'une procédure ouverte ou sélective, ainsi que dans une procédure de gré à gré « exceptionnel » (art. 21, al. 2 AIMP 2019) mais pas dans une procédure de gré à gré « ordinaire » (art. 21, al. 1 AIMP 2019), sans égard à la valeur du marché. Au sens de l'art. 53, al. 1 AIMP 2019, sont seules sujettes à recours les décisions suivantes : l'appel d'offres, la décision concernant le choix des participants à la procédure sélective, la décision d'inscrire un soumissionnaire sur une liste ou de l'en radier, la décision concernant les demandes de récusation, l'adjudication, la révocation de l'adjudication, l'interruption de la procédure, l'exclusion de la procédure et le prononcé d'une sanction.

A noter également que la question de savoir si l'adjudication en procédure de gré à gré « ordinaire » est ou non sujette à recours est débattue en droit vaudois. La révision de ce dernier est dès lors l'occasion de clarifier ce point, en fermant toute voie de droit contre une décision d'adjudication rendue à l'issue d'une procédure de gré à gré « ordinaire », pour autant que cette dernière ait été valablement appliquée dans un cas donné (respect des valeurs seuils du gré à gré). C'est d'ailleurs le système qui prévaut actuellement dans les législations valaisanne (cf. art. 12, al. 2 LcAIMP) et neuchâteloise (cf. art. 42, al. 2, let. e LCMP et RJN 2013 p. 464 consid. 1). Les considérations qui

précédent s'appliquent également à la modalité du gré à gré visée à l'art. 20, al. 1, *dernière phrase* AIMP, à savoir le *gré à gré dit* « comparatif », parfois également appelé « *gré à gré concurrentiel* ». Un soumissionnaire qui ne se verrait pas attribuer le marché dans le cadre d'un gré à gré comparatif ne peut ainsi pas recourir contre la décision d'adjudication faute de voies de recours. Demeure naturellement réservée la situation dans laquelle il apparaît que la procédure suivie constitue en réalité une procédure sur invitation. Dans ce dernier cas en effet, une voie de recours serait ouverte contre la décision d'adjudication en application de l'art. 4, al. 1, let. c.

Art. 5 Sous-traitants (art. 12 AIMP)

Le nouvel AIMP contient plusieurs règles applicables en matière de sous-traitance et se veut plus incisif avec cette thématique que ne l'a été par le passé l'AIMP 1994 /2001 ou ses Directives d'exécution (DEMP). Le régime instauré par les art. 44 et 45 AIMP 2019 est particulièrement parlant à cet égard puisque ces deux dispositions permettent, dans le premier cas, de répercuter sur un soumissionnaire un motif d'exclusion ou de révocation imputable à l'un de ses sous-traitants et, dans le second cas, de sanctionner directement un sous-traitant. Cette innovation importante amenée par la révision de l'AIMP avait déjà été esquissée par le passé dans la jurisprudence vaudoise. Un arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du 2 septembre 2011 précise en effet que « *si le soumissionnaire persiste dans son choix de recourir à un sous-traitant non conforme, l'adjudicateur bénéficie d'un juste motif pour exclure le soumissionnaire (arrêt TC VD MPU.2011.5 du 2.9.2011)* ».

Cet art. 5 régit le recours à la sous-traitance en application des art. 12, 26 et 63, al. 4 AIMP 2019. Il s'inscrit dans le prolongement des mesures déjà introduites par le passé dans la législation vaudoise pour lutter efficacement contre les dérives de la sous-traitance, soit principalement le dumping salarial et social (cf. sur ce point la modification du règlement du 7 juillet 2004 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics du 18 décembre 2013 et son commentaire disponible sous la rubrique « bases légales » des pages « marchés publics » du site internet de l'Etat de Vaud²). Il fait ainsi corps avec la pratique des pouvoirs adjudicateurs qui s'est largement développée dans le domaine de la construction, mais pas uniquement, pour prévenir et sanctionner les atteintes aux aspects sociaux des marchés publics.

Al. 1 et 2 :

Les al. 1 et 2 reprennent les obligations d'annonce et de contrôle des sous-traitants déjà imposées aux soumissionnaires à l'art. 6 aRLMP-VD. Ils complètent sur ce point l'art. 12, al. 4 AIMP 2019 (qui rappelle que les sous-traitants sont également tenus de respecter les conditions de participation au marché tant durant la procédure de marché public que durant la phase subséquente d'exécution du marché), ainsi que l'art. 26 AIMP 2019. En effet, pour que l'adjudicateur puisse s'assurer que les sous-traitants remplissent les conditions de participation (cf. art. 12 AIMP 2019), qu'ils sont à jour avec le paiement de leurs impôts et cotisations sociales exigibles et qu'ils ne concluent pas d'accords illicites affectant la concurrence aux termes de l'art. 26 AIMP 2019, les soumissionnaires doivent nécessairement être soumis au préalable à l'obligation d'annoncer leurs sous-traitants, même potentiels. Le commentaire de l'art. 31, al. 1 AIMP 2019 va dans le même sens.

² <https://www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/marches-publics/bases-legales/>.

Cette obligation d'annonce est satisfaite, dans un premier temps, lors de la phase de remise des offres puisque c'est dans l'offre qu'il dépose que le soumissionnaire va indiquer les sous-traitants, parfois potentiels, auxquels il entend confier certaines prestations pour l'exécution du marché. En phase d'exécution du marché, cette obligation d'annonce doit être satisfaite à chaque fois que le soumissionnaire retenu désire confier des prestations à un ou plusieurs autres sous-traitants que ceux préalablement annoncés dans son offre.

Par « objet » des prestations sous-traitées, l'on vise la nature des travaux ou des services dont l'exécution sera confiée aux sous-traitants, par exemple une entreprise de maçonnerie qui sous traite les travaux de ferrailages et d'échafaudages ou une entreprise de serrurerie qui sous-traite les travaux de peinture des garde-corps. Dans le domaine informatique, on peut citer l'exemple du fournisseur d'une solution informatique (soumissionnaire) qui sous-traite le développement de la tierce maintenance applicative (TMA) ou celui d'un soumissionnaire qui sous-traite la configuration et la gestion d'un cloud ou encore la gestion d'une base de données et le cryptage y afférent. Le fournisseur d'un logiciel (soumissionnaire) pourra également sous-traiter la partie des prestations nécessaires à la réalisation d'un data center.

Par « part » des prestations sous-traitées, l'on vise l'aspect quantitatif desdites prestations, soit leur volume au regard de l'ensemble des prestations qui composent le marché.

Al. 3 :

Depuis plusieurs années, les pouvoirs adjudicateurs ont pris conscience de la nécessité de réglementer le recours à la sous-traitance dans leurs documents d'appel d'offres. Aussi, la sous-traitance n'est généralement plus autorisée pour tout type de prestations comprises dans un marché mais le plus souvent cantonnée à la réalisation de prestations spécifiques. De plus, les pouvoirs adjudicateurs prennent désormais des dispositions pour limiter voire exclure totalement la formation de chaînes de sous-traitants. Car si la sous-traitance se déroule généralement dans de bonnes conditions et constitue le plus souvent un avantage quand ce n'est pas une nécessité pour pouvoir réaliser le marché, la sous-traitance en cascade est, quant à elle, source de nombreux problèmes. La sous-traitance en cascade exerce, en premier lieu, une pression sur les prix auxquels les prestations sont effectuées. A chaque niveau de sous-traitance supplémentaire, cette pression sur les prix augmente en raison de la marge que va se ménager chaque sous-traitant. Dans les domaines régis par des conventions collectives de travail, cette pression sur les prix augmente tout spécialement les risques de non-respect des conditions de travail et des salaires minimaux du personnel occupé, en particulier pour les travailleurs se situant tout en bas de la chaîne de sous-traitance. En deuxième lieu, elle rend totalement opaque l'identité des entités qui œuvrent effectivement à la réalisation des prestations. Enfin, en troisième lieu, cette sous-traitance en cascade dilue la responsabilité et l'implication des différentes entreprises dans la réalisation des prestations requises et rend plus complexe la recherche des responsables lorsque les prestations ne sont pas réalisées ou pas dans les délais convenus, ne respectent pas les normes applicables, présentent des défauts, etc.

Pour ces différentes raisons, l'al. 3 consacre une interdiction générale de principe du recours à la sous sous-traitance, à l'instar de ce que prévoient déjà d'autres législations cantonales à l'heure actuelle (ex. art. 35, al. 6 du Règlement (genevois) du 17 décembre 2007 sur la passation des marchés publics (RMP, rsGE L 6 05.01) ; art. 17, al. 3 de l'Ordonnance (valaisanne) du 11 juin 2003 sur les marchés publics (OMP, RSVS 726.100) ; art. 24, al. 2 et 3 de la Legge (tessinoise) del 20 febbraio 2001 sulle commesse pubbliche (LCPubb, RL 730.100). Cette interdiction de la sous sous-traitance revient en

définitive à n'autoriser qu'un seul niveau de sous-traitance aux soumissionnaires lorsque le pouvoir adjudicateur admet la sous-traitance pour son marché.

Cette mesure ne limite pas nécessairement les soumissionnaires dans le choix de leurs sous-traitants puisqu'ils pourront, cas échéant, faire remonter d'un cran dans la chaîne de sous-traitance, les prestataires [des sous-traitants de deuxième niveau] dont ils auront besoin pour réaliser le marché. Ainsi, en lieu et place d'annoncer un sous-traitant dont le soumissionnaire sait pertinemment que celui-ci sous-traitera une partie des prestations à un sous-traitant de deuxième niveau, le soumissionnaire devra annoncer ces deux sous-traitants (le sous-traitant de premier niveau et le sous-traitant de deuxième niveau) dans son offre. Cela impliquera pour les soumissionnaires une meilleure anticipation des besoins et des moyens à mettre en place pour exécuter les marchés. En particulier, une plus grande attention devra être apportée à la sélection des prestations que les soumissionnaires entendent réaliser eux-mêmes et de celles qu'ils entendent sous-traiter.

Cette interdiction de la sous sous-traitance vise à endiguer ces fameuses chaînes de sous-traitance et les différents problèmes qu'elles posent en pratique (atteinte aux aspects sociaux, travail au noir, concurrence déloyale, etc.). Seront ainsi prohibées à l'avenir les situations dans lesquelles un sous-traitant annoncé par le soumissionnaire (1^{er} niveau de sous-traitance) sous-traite, à son tour, tout ou partie de ces prestations à un deuxième sous-traitant (2^{ème} niveau de sous-traitance), qui sous-traite lui aussi, tout ou partie de ces prestations, à un troisième sous-traitant (3^{ème} niveau de sous-traitance) et ainsi de suite.

Al. 4 :

Compte tenu de la situation particulière de certains marchés, cette interdiction générale de principe du recours à la sous sous-traitance mérite cependant d'être assortie d'exceptions, exceptions dans tous les cas limitées à un deuxième niveau de sous-traitance. Ces situations particulières, à l'exemple des marchés de travaux en entreprise générale ou totale, sont énoncées à l'al. 4 et doivent être interprétées restrictivement en pratique quand bien même l'al. 4 confère une marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur.

Selon la jurisprudence et la doctrine, l'entreprise générale désigne, en pratique, le contrat par lequel une partie (l'entrepreneur général) s'engage à l'égard du maître à réaliser la totalité d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage, sans égard à la nature des travaux à effectuer. L'entreprise totale désigne, quant à elle, le contrat dans lequel l'entrepreneur se charge non seulement de la réalisation de l'ouvrage, mais également de l'établissement des projets et des plans (cf. ATF 114 II 53 c. 2a, JdT 1988 I 360 ; arrêts du TF 4A_99/2015 et 4A_101/2015 du 21.7.2015 c. 4.1 ; ainsi que PIERRE TERCIER ET AL., Les contrats spéciaux, 5^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 486 ss).

Dans les marchés de travaux en entreprise générale ou totale, l'interdiction générale du recours à la sous sous-traitance autorisera l'adjudicateur à offrir au soumissionnaire retenu la possibilité de sous-traiter des prestations mais jusqu'à un second niveau de sous-traitance uniquement. En d'autres termes, l'entreprise générale ou totale retenue pour l'exécution du marché pourra sous-traiter des prestations à un sous-traitant (1^{er} niveau de sous-traitance) qui pourra à son tour sous-traiter tout ou partie de ces prestations à un nouveau sous-traitant (2^{ème} niveau de sous-traitance) mais ce dernier ne pourra pas sous-traiter à son tour tout ou partie des prestations à lui confiées. Le non-respect de cette exigence représente un motif d'exclusion du soumissionnaire et de révocation de l'adjudication préalablement prononcée.

Al. 5 :

Le non-respect de l'annonce des sous-traitants et des prestations qui seront exécutées par voie de sous-traitance tout comme le non-respect de l'interdiction du recours à la sous-traitance ou, lorsque cette dernière est exceptionnellement autorisée en application de l'al. 4, le recours à de la sous-traitance de troisième niveau, représentent un motif d'exclusion du soumissionnaire et de révocation de l'adjudication préalablement prononcée. Ce motif d'exclusion vient s'ajouter à la liste non exhaustive des motifs d'exclusion figurant à l'art. 44 AIMP. Il découle de la marge de manœuvre résiduelle laissée aux cantons par l'art. 63, al. 4 AIMP en relation avec l'art. 12 AIMP.

S'il s'avère en sus que le sous-traitant en question n'a pas respecté les exigences de l'art. 12 AIMP, soit notamment les conditions de travail, les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les obligations d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN, RS 822.41), l'adjudicateur pourra activer la peine conventionnelle prévue dans le contrat conclu avec le soumissionnaire retenu (cf. art. 7 LMP-VD), les autres sanctions prévues par les art. 44, al. 2, let. f et g et 45 AIMP demeurant réservées.

Art. 6 Fournisseurs et transporteurs (art. 12 AIMP)

Cet article constitue le pendant de l'art. 5, al. 1 pour les fournisseurs et les transporteurs intervenant dans le cadre de l'exécution du marché. Il reprend l'obligation d'annonce des participants à l'exécution du marché jusqu'alors consacrée à l'art. 6, al. 1, let. b aRLMP-VD. La notion de « participants à l'exécution du marché » en droit vaudois est issue du § 6 des Directives d'exécution de l'Accord intercantonal sur les marchés publics des 25 novembre 1994 / 15 mars 2001 du 2 mai 2002 (DEMP). Il s'agissait d'une notion large qui englobait, outre les sous-traitants, les principaux fournisseurs et les transporteurs nécessaires à l'exécution du marché. Cette notion étant absente de l'AIMP 2019, comme de l'AIMP 1994/2011 d'ailleurs, les notions de principaux fournisseurs et de transporteurs lui ont été préférées dans le contexte de l'art. 6 pour davantage de précision. La notion de sous-traitant lui est préférée dans le contexte de l'art. 5, al. 1.

A titre d'exemple, les principaux fournisseurs d'un marché portant sur l'achat de textiles seront, en règle générale, l'usine de confection, le fabricant du tissu et du fil ainsi que le producteur de la matière première (ex. coton). Dans un marché de fournitures mobilières, il s'agira du fabricant du meuble et des principaux fournisseurs de la matière première (bois, métal, etc.). Dans les marchés de matériel informatique, les usines d'assemblage et les fabricants des principaux composants (dalle de l'écran, carte-mère, etc.) constitueront de tels fournisseurs. Enfin, dans un marché de travaux portant sur la pose d'enrobé bitumineux sur une route, le nom et l'emplacement de la centrale d'enrobage sera parfois requis à titre de principal fournisseur. Conformément au commentaire de l'art. 12, al. 4 AIMP, les fournisseurs de matières premières, les bailleurs de sites de production, les prestataires de services généraux pour l'exploitation commerciale, etc., qui n'apportent pas de contribution déterminante à l'exécution du marché, ne sont pas des sous-traitants.

Art. 7 Peines conventionnelles (art. 12 AIMP)

Le commentaire de l'art. 12, al. 5 AIMP 2019 précise que le non-respect des exigences de l'art. 12 peut être sanctionné par des clauses appropriées dans les contrats de marchés publics, notamment par des peines conventionnelles. Le présent article reprend ainsi, en application des art. 12 et 63, al. 4 AIMP 2019, le contenu de l'art. 6, al. 6 aRLMP-VD relatif à la peine conventionnelle.

La peine conventionnelle est une prestation pécuniaire que le soumissionnaire retenu s'engage à payer au pouvoir adjudicateur pour le cas où lui-même ou ses sous-traitants ne respecteraient pas les obligations énoncées à l'art. 12 AIMP 2019, soit le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail applicables, de l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, des obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN)³ et des prescriptions légales relatives à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles.

L'introduction de peines conventionnelles dans les contrats conclus entre l'adjudicateur et le soumissionnaire retenu représente une mesure dissuasive dont l'objectif premier n'est pas de permettre à l'adjudicateur d'enranger de l'argent mais bien de prévenir et d'empêcher les atteintes portées aux obligations susmentionnées. En cas de violation des obligations énoncées à l'art. 12 AIMP 2019 par le soumissionnaire ou par l'un de ses sous-traitants, l'adjudicateur peut activer la peine conventionnelle et sanctionner directement le soumissionnaire. La créance en paiement du montant de la peine conventionnelle peut alors être compensée aux conditions de l'art. 120 CO avec celle du soumissionnaire tendant à la rémunération de ses prestations.

Le non-paiement des impôts et des cotisations sociales exigibles (pour autant qu'il ne constitue pas une violation d'une CCT) de même que la conclusion d'accords illicites affectant la concurrence ne doivent pas conduire à l'application d'une peine conventionnelle. Ces violations peuvent, le cas échéant, être sanctionnées par l'adjudicateur en application de l'art. 44, al. 1, let. g et al. 2, let. b AIMP 2019, respectivement par l'autorité cantonale de surveillance en application de l'art. 45, al. 1 qui renvoie à l'art. 44, al. 2, let. b AIMP 2019.

La peine conventionnelle constitue, en outre, l'une des dix mesures énoncées par le Guide pratique pour le respect des aspects sociaux, guide élaboré sous la houlette du Groupe vaudois pour des marchés publics éthiques⁴ qui réunit l'Etat de Vaud, l'Union et l'Association des Communes Vaudoises (UCV et AdCV), la Société suisse des Ingénieurs et des Architectes (SIA Vaud), l'Union Patronale des Ingénieurs et Architectes Vaudois (UPIAV), l'Intergroupe des Associations d'Architectes Vaud (InterAssAr), la Fédération vaudoise des entrepreneurs, le syndicat UNIA Vaud, ainsi que la faîtière des entreprises générales Développement Suisse. Un modèle de clause pénale type à disposition des pouvoirs adjudicateurs figure en libre accès sur le site internet de l'Etat de Vaud⁵.

A noter encore que d'autres législations prévoient également une disposition relative aux peines conventionnelles (pour un exemple, cf. art. 16 de la Legge (tessinoise) del 20 febbraio 2001 sulle commesse pubbliche (LCPubb, RL 730.100).

Art. 8 Respect des conditions de travail (art. 12 AIMP)

L'art. 8 précise les règles applicables aux conditions de travail en application de l'art. 12 AIMP 2019 et conformément à la compétence résiduelle conférée aux cantons par l'art. 63, al. 4 AIMP 2019. Le respect des conditions de travail applicable constitue, au même titre que le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs ou de l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, une condition de participation au marché indispensable pour assurer le fonctionnement d'une

³ RS 822.41.

⁴ <https://marchespublics-vaud.ch>.

⁵ <https://www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/marches-publics/modeles-et-recommandations/>

concurrence loyale et efficace entre soumissionnaires. Le non-respect de cette exigence donne lieu à des sanctions diverses (exclusion de la procédure, révocation de l'adjudication, exclusion des marchés publics futurs, amende, peine conventionnelle, etc.).

Conformément à l'art. 3, let. d AIMP, les conditions de travail sont définies comme étant les dispositions impératives du code des obligations concernant le contrat de travail, les dispositions normatives contenues dans les conventions collectives et les contrats-types de travail ou, à défaut, les conditions de travail usuelles dans la région et dans la branche.

Al. 1 :

Cet alinéa clarifie l'application des conditions de travail au vu des éléments présentés dans le commentaire de l'art. 12 AIMP 2019 et du régime finalement retenu par le Parlement fédéral à l'art. 12, al. 1 LMP⁶.

Pour rappel, dans le cadre des travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la LMP révisée au niveau fédéral, l'art. 12, al. 1 LMP a été modifié dans le but d'imposer aux soumissionnaires le respect des conditions de travail applicables au lieu d'exécution de la prestation (principe du lieu d'exécution) en lieu et place de celles applicables au lieu de leur siège ou de leur établissement en Suisse (principe du lieu de provenance). Ce faisant, le Parlement fédéral a abandonné la solution harmonisée avec les cantons en faveur du principe du lieu de provenance présentée dans le cadre du projet commun Aurora (LMPrévisé/AIMP révisé). En effet, en application de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02), les cantons sont, hormis dans de rares situations, tenus d'appliquer le principe du lieu de provenance à leurs marchés. Comme les parlementaires fédéraux ont renoncé à adapter la loi fédérale sur le marché intérieur sur ce point lors des débats, le principe du lieu de provenance continue de s'appliquer aux cantons.

Dans le cadre de la consultation succincte menée au cours de l'été 2019 auprès des gouvernements cantonaux et du Bureau interparlementaire de coordination (BIC) par la Conférence des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP) à la suite de l'adoption de la LMP par le Parlement fédéral, plusieurs cantons romands (VD et FR) et le BIC ont demandé à ce que le principe du lieu d'exécution soit également retenu à l'art. 12, al. 1 AIMP. L'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) a alors requis une expertise de la Commission de la concurrence pour connaître, en sa qualité d'autorité d'application de la LMI, la marge de manœuvre dont disposent les cantons pour introduire le principe du lieu d'exécution à l'art. 12 AIMP 2019, respectivement dans leur droit cantonal.

Il ressort notamment des conclusions de cette expertise disponible sur le site internet de la DTAP⁷ que : a) Les cantons ne peuvent pas introduire de principe général du lieu d'exécution au niveau des

⁶ RS 172.056.1.

⁷ <https://www.bpuk.ch/fr/dtap/documentation/rapports-expertises-concepts/domaine-des-marches-publics>

normes cantonales en raison des prescriptions de la LMI et du principe du lieu de provenance qui y figurent. En d'autres termes, les cantons ne peuvent pas prévoir à l'art. 12, al. 1 AIMP 2019 ou dans leur législation cantonale l'application des conditions de travail « au lieu d'exécution » comme dans la LMP rév. ; b) Les cantons ont en revanche la faculté de déclarer exceptionnellement applicables les prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution, lors de l'application du droit dans un cas particulier, selon les conditions de l'art. 2, al. 5 et de l'art. 3 LMI. Selon la COMCO, l'application des prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution est conforme à la LMI lorsqu'aucune prescription équivalente ne s'applique au lieu de provenance et qu'un intérêt public prépondérant (p. ex. protection contre le dumping social) justifie l'application des prescriptions du lieu d'exécution. Cela pourrait par exemple être le cas s'il existe différentes conventions collectives de travail présentant des différences significatives en ce qui concerne les niveaux de salaire.

L'al. 1 concilie ainsi les conclusions de l'avis de droit de la COMCO repris dans le commentaire des art. 12 et 64, al. 3 AIMP 2019 avec la situation particulière du canton de Vaud, lequel compte un grand nombre de conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire sur son territoire, notamment : au niveau vaudois, la CCT des bureaux d'architectes et ingénieurs vaudois, la CCT des bureaux d'ingénieurs géomètres vaudois, la CCT des paysagistes et entrepreneurs de jardins du Canton de Vaud ; au niveau intercantonal, la CCT du second-œuvre romand, la CCT du secteur du nettoyage pour la Suisse romande, la CCT romande du nettoyage des textiles. La liste complète des CCT étendues est disponible sur le site internet du SECO⁸.

L'art. 2 de la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (LDét, RS 823.20) demeure réservée en ce qui concerne les soumissionnaires et les sous-traitants dont le siège ou le domicile se situe à l'étranger.

Al. 2 :

Cet alinéa précise le rôle des commissions professionnelles paritaires dans le cadre de leur activité de contrôle des conventions collectives de travail. Il vient compléter l'art. 12, al. 5 et 6 AIMP 2019 afin que les organes paritaires puissent spontanément informer l'adjudicateur du marché de l'ouverture d'une procédure et ne pas avoir à attendre une demande en ce sens de l'adjudicateur.

En l'état, la grande majorité des pouvoirs adjudicateurs soumettent aux différentes commissions professionnelles paritaires le nom des soumissionnaires ainsi que la liste des sous-traitants potentiels pour contrôle à la suite de l'ouverture des offres. De cette manière, les pouvoirs adjudicateurs s'assurent que les participants à la procédure respectent les conditions de travail fixées par les conventions collectives de travail.

⁸ <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home.html>

Conformément au *modus operandi* mis en place par l'Etat avec les partenaires sociaux et accessible à tous les pouvoirs adjudicateurs vaudois, les procès-verbaux d'ouverture des offres et les listes de sous-traitants sont adressées pour contrôle aux Commissions professionnelles paritaires de l'Industrie vaudoise de la construction (CPP-VD) au moyen de l'adresse suivante : marchepublic@cppvd.ch.

Pendant l'exécution du marché, les pouvoirs adjudicateurs renouvellent leur demande de contrôle auprès des CPP-VD en cas de changement de sous-traitant.

Cette démarche de contrôle auprès des CPP-VD est explicitée dans le Guide pratique pour le respect des aspects sociaux édité par le Groupe vaudois pour des marchés publics éthiques (cf. sur ce point le commentaire de l'art. 7) et recommandée pour prévenir les atteintes aux aspects sociaux.

Ce contrôle opéré par les CPP-VD ne doit pas être confondu avec un autre contrôle effectué par les pouvoirs adjudicateurs concernant les deux listes noires tenues par le SECO et publiées sur son site internet. En effet, le SECO publie sur son site internet la liste⁹ des employeurs exclus des marchés publics futurs aux niveaux communal, cantonal et fédéral pour une durée déterminée à la suite de violation grave ou répétées des obligations d'annonce et d'autorisation prévues par la loi fédérale sur le travail au noir (cf. art. 13 LTN)¹⁰. Le SECO publie également sur son site internet la liste¹¹ des employeurs étrangers ou des indépendants étrangers qui sont privés d'offrir leurs prestations en Suisse pour une durée déterminée en application de l'art. 9 de la loi fédérale sur les travailleurs détachés (LDét)¹². L'examen de ces deux listes du SECO par le pouvoir adjudicateur peut intervenir à différents moments de la procédure et est également recommandé par le Guide pratique pour le respect des aspects sociaux (cf. recommandation no 5).

Enfin, depuis quelques années déjà, l'apparition de système de contrôle par badge (carte professionnelle ou système équivalent) dans le domaine de la construction facilite le contrôle du respect des conventions collectives de travail. De plus en plus de pouvoirs adjudicateurs exigent désormais de la part du futur adjudicataire du marché qu'il soit équipé, de même que ses sous-traitants, d'un système de badges pour l'exécution du marché. Le Guide pratique pour le respect des aspects sociaux contient également une recommandation à cet égard ainsi qu'une clause type à faire figurer dans les documents d'appel d'offres (cf. recommandation no 4).

Chapitre III Autorités compétentes

⁹https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/schwarzarbeit/Bundesgesetz_gegen_Schwarzarbeit.html (liste LTN).

¹⁰ RS 822.41.

¹¹https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/freier-personenverkehr-ch-eu-und-flankierende-massnahmen/entsendung-von-arbeitnehmenden-in-die-schweiz.html (liste LDét).

¹² RS 823.20.

Art. 9 Conseil d'Etat

Cet article reprend l'art. 6, let. a et j du modèle de loi d'adhésion à l'AIMP 2019 adopté par la DTAP le 15 novembre 2019. L'art. 9, al. 1, let. a s'inscrit dans le prolongement des compétences attribuées au Conseil d'Etat par l'art. 121 de la Constitution vaudoise.

Art. 10 Autorité de surveillance (art. 45 et 62 AIMP)

Pour favoriser une bonne application du droit des marchés publics, il est nécessaire de bénéficier d'une autorité de surveillance des marchés publics au niveau cantonal. Jusqu'alors, l'autorité cantonale de surveillance était désignée à l'art. 14 aLMP-VD. Il s'agit aujourd'hui de reprendre la règle existante, en définissant plus précisément les tâches qui incombent à l'autorité cantonale de surveillance, à savoir le département en charge des infrastructures.

L'art. 10 al. 2 let. a LMP-VD vise à concrétiser l'obligation faite aux cantons de veiller au respect de l'AIMP 2019 (art. 62 AIMP) et à étendre son application aux règles contenues dans le droit cantonal (LMP-VD et RLMP-VD). Cette tâche de contrôle est à distinguer du contrôle juridictionnel prévu dans le cadre des procédures de recours. En effet, l'examen de la légalité d'une décision prise dans le cadre des marchés publics par un pouvoir adjudicateur relève de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire saisie sur recours. L'autorité de surveillance ne peut se substituer à cette dernière. La surveillance prévue à la let. a concerne les soumissionnaires et leurs sous-traitants mais également les adjudicateurs. Il est en effet nécessaire d'inclure dans le champ d'application de la surveillance tous les acteurs des marchés publics, qu'il s'agisse d'entités lançant des marchés publics ou d'entités déposant des offres ou encore celles qui se voient sous-traiter une partie de l'exécution du marché.

Par ailleurs, l'autorité cantonale de surveillance est désignée à l'art. 10 al. 2 let. b LMP-VD comme autorité compétente pour prononcer les sanctions et édicter les instructions prévues à l'art. 45 AIMP 2019. Ces sanctions sont l'exclusion des marchés publics futurs pour une durée maximale de cinq ans et l'amende, qui peut aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre. Conformément à la marge de manœuvre laissée aux cantons par l'art. 45, al. 1 AIMP 2019, la compétence pour prononcer ces sanctions est attribuée exclusivement à l'autorité cantonale de surveillance. Elles ne peuvent dès lors pas être prononcées par les adjudicateurs. Cette centralisation des compétences présente plusieurs avantages : elle permet d'étendre le périmètre des exclusions des marchés publics futurs à tout le territoire cantonal et de ne pas le limiter aux seuls marchés d'un pouvoir adjudicateur. Ainsi les exclusions des marchés publics futurs prononcées par l'autorité cantonale de surveillance s'appliqueront aux niveaux cantonal et communal, ce qui renforce l'efficacité de ces sanctions. La centralisation des compétences en matière d'exclusion permet en outre d'assurer une certaine uniformité dans l'application des sanctions prononcées à l'encontre des soumissionnaires et des sous-traitants au niveau cantonal et le développement d'une pratique respectueuse de l'égalité de traitement entre les entités sanctionnées.

Les adjudicateurs ne sont toutefois pas démunis et conservent le pouvoir de prononcer les sanctions prévues par l'art. 44 AIMP 2019, soit notamment l'exclusion de la procédure et la révocation de l'adjudication. Jusqu'alors, les sanctions dont étaient passibles les soumissionnaires étaient consacrées à l'art. 14a aLMP-VD : l'al. 1 concernait les sanctions prononcées par l'adjudicateur et l'al. 2 les

sanctions de l'autorité cantonale de surveillance. Désormais, tant les actes passibles de sanctions que le type de sanctions qu'encourent les soumissionnaires et leurs sous-traitants lorsqu'ils contreviennent aux règles de l'AIMP sont énoncés aux art. 44 et 45 AIMP 2019. Le système de sanction prévu par l'art. 45 AIMP 2019 permet désormais de sanctionner directement un sous-traitant et non pas uniquement le soumissionnaire, pour les actes de son sous-traitant comme c'était le cas jusqu'alors.

S'agissant des adjudicateurs, l'autorité cantonale de surveillance est notamment habilitée, en application de l'art. 45 al. 4 AIMP 2019, à ouvrir des enquêtes administratives à leur encontre et à édicter des instructions contraignantes.

Al. 3 :

Cet alinéa précise les moyens à disposition de l'autorité cantonale de surveillance dans l'exécution des tâches qui lui sont dévolues. En règle générale, l'autorité cantonale de surveillance agit sur dénonciation mais elle peut également se saisir d'office des cas qui parviennent à sa connaissance. La let. a règle l'échange d'informations entre l'autorité cantonale de surveillance, d'une part, et les différentes entités pouvant faire l'objet d'un contrôle, d'autre part. Les let. b et c précisent quant à elles que l'autorité peut également mener des auditions dans le cadre des procédures qu'elle instruit et qu'elle est habilitée à requérir l'aide d'experts externes si elle l'estime nécessaire. Il est en effet indispensable, pour que l'autorité cantonale de surveillance mène à bien sa mission, qu'elle puisse accéder à tous les renseignements utiles et procéder, elle-même ou avec l'appui de personnes qualifiées, à toutes les analyses nécessaires à la conduite de ses activités.

Al. 4 :

Cet alinéa instaure un devoir de collaboration des soumissionnaires, des sous-traitants et des adjudicateurs, à l'instar de ce qui est prévu pour d'autres entités chargées de la surveillance de certains domaines (Préposé à la protection des données personnelles, Contrôle cantonal des finances, Cour des comptes, etc.). L'autorité cantonale de surveillance doit en effet pouvoir compter sur la collaboration des principaux acteurs des procédures de marchés publics, y compris une fois la procédure terminée et le marché adjudgé, et notamment accéder aux informations et pièces utiles à l'exécution de sa mission. Ce devoir de collaboration concerne tous les marchés publics soumis à la législation cantonale, quelle que soit la procédure suivie par l'adjudicateur. Enfin, le secret de fonction et les secrets d'affaires ne doivent pas pouvoir être valablement opposés à l'autorité de surveillance lorsqu'elle exige des renseignements de la part d'un pouvoir adjudicateur, d'un soumissionnaire ou d'un sous-traitant dans l'accomplissement de ses tâches.

Art. 11 Travail au noir

Selon l'art. 13, al. 1^{er}, de la Loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN)¹³, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, en cas de condamnation entrée en force d'un employeur pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, l'autorité cantonale compétente exclut l'employeur concerné des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour cinq ans au plus. Il s'agit d'une exclusion générale des marchés publics futurs (et non d'une simple exclusion relative à un marché ou un pouvoir adjudicateur en particulier). Elle concerne l'attribution de tous les futurs marchés publics, quelle que soit la procédure suivie par l'adjudicateur (procédure de gré à gré, sur invitation, ouverte, sélective, concours ou mandat d'études parallèle) (dans le même sens, cf. GUERRIC RIEDI, Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs, *in* : Zufferey et al. [édit.], Marchés publics 2016, Zürich/Bâle/Genève 2016, N 95). Comme le rappelle le Conseil fédéral dans son message relatif à la LTN, la sanction porte exclusivement sur des adjudications à venir et tout marché d'ores et déjà attribué au moment du prononcé de la sanction reste acquis à son adjudicataire (Message du Conseil fédéral du 16 janvier 2002, FF 2002 p. 3371ss, p. 3420). Il n'en demeure pas moins que pour les marchés d'ores et déjà attribués qui en cours d'exécution, l'adjudicateur continue de disposer de tous les moyens de sanction prévus par la législation sur les marchés publics en cas de comportement illicite de l'adjudicataire du marché (cf. notamment les sanctions de l'art. 44 AIMP 2019).

Depuis de nombreuses années déjà, le département en charges des infrastructures est l'autorité compétente pour prononcer l'exclusion des employeurs des futurs marchés publics au sens de l'art. 13 LTN. Il s'agit de maintenir ici cette compétence, notamment en raison du lien de connexité qui existe entre cette activité et les tâches également attribuées à ce département ou directement à son secrétariat général, à savoir le rôle d'autorité de surveillance des marchés publics (art. 10) et le rôle de centre de compétences sur les marchés publics (art. 12).

A noter que les décisions d'exclusions des marchés publics futurs prononcées par l'autorité cantonale compétente sont communiquées au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) qui se charge ensuite de publier une liste publique des entreprises sous le coup d'une telle mesure. Toutes les personnes intéressées peuvent ainsi accéder à la liste des entreprises exclues des marchés publics futurs, à l'instar du système mis en place pour les employeurs qui ont fait l'objet d'une sanction selon la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail la loi sur les travailleurs détachés (LDét)¹⁴.

Le critère primordial dans l'appréciation de la sanction à prononcer sur la base de l'art. 13 LTN est celui de la durée de l'infraction à la législation en matière d'assurances sociales ou des étrangers.

¹³ RS 822.41.

¹⁴ RS 823.20

Aussi, lorsqu'un même employeur a été condamné pénalement pour avoir employé au noir plusieurs travailleurs, simultanément ou successivement, la durée des infractions sera cumulée. De même, la récidive doit être prise en compte comme un facteur aggravant de la sanction, lorsque le non-respect des obligations visées à l'art. 13 al. 1 LTN est important, ou lorsque l'auteur a commis plusieurs infractions mineures successives. Le fait que l'entreprise fautive soit active dans le domaine des marchés publics doit être également retenu comme une circonstance aggravante de la sanction, car une telle entreprise n'est pas apte à soumissionner, voire, selon les circonstances, a soumissionné alors qu'elle n'était pas apte à le faire (arrêt de la CDAP du 24 mai 2018, MPU.2018.0008, consid. 2 et arrêt de la CDAP du 27 janvier 2016, MPU.2015.0054 consid. 2b).

La loi sur le travail au noir n'opère aucune distinction entre les notions de travail au noir et de travail au gris. Dans l'acceptation courante, le travail au gris correspond à la situation dans laquelle un employeur engage un ressortissant étranger sans autorisation de séjour tout en s'acquittant des charges sociales. Dans le cadre de l'application de la LTN, le travail au gris ne constitue donc pas une forme atténuée de travail au noir, la simple occupation d'un travailleur étranger sans respecter les devoirs d'annonce et d'autorisation imposés par la législation sur les étrangers suffisant à retenir la qualification de travail au noir (GUERRIC RIEDI, *op. cit.*, N 80). D'après la jurisprudence cantonale, le fait qu'un employeur se soit acquitté des charges sociales afférentes aux travailleurs employés sans autorisation de travail au gris ne doit pas être pris en compte à sa décharge. En effet, « l'art. 13 al. 1 LTN envisage alternativement ces deux motifs de sanction, et ne prévoit aucun motif d'atténuation dans l'hypothèse désignée fréquemment comme "travail au gris" » (arrêt de la CDAP du 27 janvier 2016, MPU.2015.0054, consid. 2b in fine et arrêt de la CDAP du 26 mars 2014, MPU.2013.0025 consid 9b).

Art. 12 Centre de compétences sur les marchés publics

Le Centre de compétence vaudois sur les marchés publics (CCMP-VD) assure, depuis de nombreuses années, un rôle de conseil et d'information auprès des pouvoirs adjudicateurs du canton. Il organise à ce titre régulièrement des formations destinées au personnel des administrations publiques, en particulier auprès du Centre d'éducation permanente [CEP]), édicte des recommandations à l'attention des pouvoirs adjudicateurs (qui sont disponibles sur les pages internet de l'Etat de Vaud) et répond par écrit à des questions juridiques ponctuelles d'ordre général concernant l'application de la législation sur les marchés publics. Il assure également la diffusion d'actualités en matière de marchés publics sur le site internet de l'Etat de Vaud et publie, depuis 2012, des chroniques périodiques à l'attention des communes pour les sensibiliser sur certains aspects particuliers des marchés publics.

Le CCMP-VD est rattaché au Secrétariat général du Département des infrastructures et des ressources humaines (SG-DIRH). Il réunit des représentants des principaux services adjudicateurs de l'Etat de Vaud particulièrement actifs dans les marchés public et au bénéfice de formations professionnelles variées telles que : des architectes, des ingénieur-e-s, des informaticien-ne-s, des acheteur-se-s ou des juristes. Cette réunion de différentes compétences garantit de la sorte au CCMP-VD de pouvoir remplir au mieux à ses différentes tâches.

En l'état actuel du droit, l'existence du CCMP-VD et son rôle ne sont pas ancrés dans la législation. On retrouve tout au plus une référence à celui-ci à l'art. 5, al. 2 let. b du règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 d'application dans le Canton de Vaud de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RLVLEg ; BLV 173.63), qui désigne un représentant du CCMP-VD parmi les membres de la commission instituée pour contrôler l'égalité salariale entre femmes et hommes dans les marchés publics et les subventions (CoMPS). La révision du droit vaudois des marchés publics constitue ainsi l'occasion d'ancrer le CCMP-VD dans la loi et d'énumérer formellement ses tâches.

Chapitre IV Dispositions finales

Art. 13 Disposition d'exécution

Cet article contient une liste de délégations de compétence en faveur du Conseil d'Etat qui feront l'objet de dispositions spécifiques dans le règlement d'application de la loi.

Il reprend, en tout ou partie, les art. 3 (Délai et réduction des délais pour les marchés non soumis aux accords internationaux), 4 (Publications) et 6 (Exécution) du modèle de loi d'adhésion à l'AIMP 2019 adopté par la Conférence des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP) le 15 novembre 2019.

Art. 14 Disposition transitoire

Cet article reprend le régime de droit transitoire prévu par l'art. 64 AIMP 2019 afin d'assurer une parfaite cohérence entre l'accord intercantonal et la nouvelle loi. Le droit actuel connaît une disposition similaire à l'art. 16 aLMP-VD.

Art. 15 Abrogation

Cet article n'appelle pas de commentaire particulier.

Art. 16 Exécution

Cet article n'appelle pas de commentaire particulier.

PROJET DE DÉCRET

portant adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics

LE GRAND CONSEIL DU CANTON DE VAUD

vu le projet de décret présenté par le Conseil d'Etat

décète

Art. 1

¹ Le Conseil d'Etat est autorisé à adhérer, au nom de l'Etat de Vaud, à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics.

Art. 2

¹ Le Conseil d'Etat est autorisé à abroger le décret du 24 juin 1996 concernant l'adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics, lorsque tous les cantons auront adhéré à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics.

Art. 3

¹ Le Conseil d'Etat est chargé de l'exécution du présent décret. Il en publiera le texte, conformément à l'article 84, alinéa 1, lettre a de la Constitution vaudoise et en fixera, par voie d'arrêté, la date d'entrée en vigueur.