

Commentaire article par article du projet de règlement d'application de la loi sur les marchés publics (RLMP-VD)

Chapitre I : Objet et principes généraux

Art. 1 Objet

Cet article définit l'objet du règlement.

Art. 2 Conditions de participation et critères d'aptitude (art. 12, 26 et 27 AIMP)

L'annexe 1 fournit, à titre d'aide-mémoire, une liste de documents et de preuves qui peuvent être demandés par l'adjudicateur dans le but de vérifier le respect des conditions de participation et la satisfaction des critères d'aptitude. Elle offre ainsi une large palette d'exemples destinés à faciliter la tâche des adjudicateurs lors de la préparation de leurs marchés publics. Dans le même temps, cette annexe renseigne les futurs soumissionnaires sur les documents et les moyens de preuve qui pourraient, le cas échéant, leur être réclamés dans une procédure marché public.

Les adjudicateurs sélectionnent et indiquent dans l'appel d'offres (cf. art. 35 AIMP) uniquement les justificatifs adéquats et nécessaires à leurs yeux, compte tenu de la prestation sur laquelle porte l'appel d'offres et du profil des soumissionnaires qui sont appelés à participer à la procédure. Dans la mesure du possible, les preuves (particulièrement des preuves complexes, comme une garantie bancaire) devraient être exigées non pas de tous les soumissionnaires, mais uniquement, et ce peu avant l'adjudication, du soumissionnaire pressenti pour être l'adjudicataire du marché. Cela rend la procédure moins bureaucratique et évite que les soumissionnaires, en particulier les PME, ne supportent des frais inutiles. Il appartient aux adjudicateurs de faire usage de la liberté d'appréciation que leur confèrent les art. 26, al. 3 et 27, al. 3 AIMP en précisant quelles preuves doivent être fournies et à quel moment elles doivent être présentées.

En ce qui concerne le respect des conditions de participation au marché (conditions de travail, dispositions relatives à la protection des travailleurs et à l'égalité de traitement salarial entre femmes hommes, obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi fédérale sur le travail au noir), les adjudicateurs requièrent, en règle générale, des engagements sur l'honneur de la part des soumissionnaires pour s'assurer du respect de ces conditions. Le Guide romand pour les marchés publics fournit des exemples de tels engagements (cf. par exemple les annexes P1, P6 et P7 du Guide romand sur les marchés publics). Les adjudicateurs peuvent également s'assurer du respect des conditions de travail par les soumissionnaires en réclamant de leur part la production d'attestations émises par les commissions professionnelles paritaires chargées de faire appliquer les conventions collectives de travail.

Le respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes peut également être démontré au moyen d'une analyse effectuée à l'aide de l'outil Logib, modèle d'analyse standard basé sur une méthode de

régression reconnue par le Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 4C.383/2002 du 22 décembre 2003).

Le point 19 de l'annexe 1 RLMP-VD prévoit la possibilité pour l'adjudicateur d'exiger de la part des soumissionnaires une déclaration portant sur le nombre d'apprentis occupés au sein du soumissionnaire durant les quatre années qui ont précédé l'appel d'offres ainsi qu'une attestation de formation d'apprentis. L'attestation de formation d'apprentis peut, suivant les cas, être réclamée de la part des soumissionnaires comme moyen de preuve. La remise d'une telle attestation ne saurait toutefois être exigée de manière impérative en raison de son caractère potentiellement discriminatoire. Outre le fait que certains domaines d'activité ne connaissent pas de filière d'apprentissage, une telle attestation ne signifie pas nécessairement qu'une entreprise forme effectivement des apprentis à l'heure actuelle en son sein, raison pour laquelle elle devrait toujours être accompagnée de la déclaration portant sur le nombre d'apprentis effectivement occupés par le soumissionnaire. L'annexe Q4 du Guide romand pour les marchés publics¹ (« Capacité en personnel ») fournit un exemple de déclaration que les adjudicateurs peuvent joindre à leur documentation d'appel d'offres. Elle permet de recueillir les informations nécessaires pour évaluer, le cas échéant, la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation professionnelle initiale pour les marchés non soumis aux accords internationaux (cf. art. 29, al. 2 AIMP). L'annexe T6 du Guide romand pour les marchés publics propose une méthode pour évaluer ce critère à caractère social.

Chapitre II : Procédures d'adjudication

Art. 3 Documents d'appel d'offres (art. 36 AIMP)

Cette disposition énonce des indications minimales supplémentaires que les adjudicateurs doivent faire figurer dans leurs documents d'appel d'offres. Certaines de ces exigences, à l'instar de l'indication de la méthode de notation du critère du prix, existaient déjà dans l'ancien règlement et favorisent une meilleure transparence dans les procédures de passation de marchés publics.

Let. a : Il existe différentes méthodes de notation du critère du prix (méthodes linéaires, méthodes asymptotiques, etc). Ces méthodes vont permettre de transformer les différents prix offerts par les soumissionnaires en notes. Suivant la méthode de notation utilisée, la notation du prix peut aboutir à des résultats forts différents. Ainsi, les méthodes vont contribuer soit à davantage creuser l'écart entre les notes attribuées aux soumissionnaires, soit à le resserrer. Le Guide romand pour les marchés publics énonce différentes méthodes de notation que les adjudicateurs peuvent appliquer à leurs marchés en illustrant leurs effets à l'aide d'exemples (cf. annexes T2 et T3 du Guide romand). Outre le choix de la méthode de notation, l'importance conférée au critère du prix dans l'évaluation des offres dépend naturellement aussi de la pondération attribuée à ce critère. Plus les exigences se rapportant à la qualité d'une prestation sont importantes, plus le prix devrait être faiblement pondéré au regard de l'ensemble des critères d'adjudication.

Let. b : Cette exigence existait déjà dans l'actuel règlement. Elle permet aux soumissionnaires d'établir leurs offres en toute connaissance de cause.

¹ <https://www.vd.ch/marches-publics-guide-romand>

Let. c : Il s'agit notamment de préciser ici le montant de la peine conventionnelle qui sera dû en cas de violation ainsi que les autres conditions posées à son application, par exemple en cas de récidive.

Let. d : Dans un souci de transparence, la let. d vise à informer les soumissionnaires, au début de la procédure, de l'intention de l'adjudicateur de conditionner la décision d'adjudication à l'adoption d'un crédit (par exemple un crédit d'étude ou d'objet) ou à la délivrance d'une autorisation de construire non encore obtenus au moment du lancement de la procédure.

Let. e : Depuis plusieurs années déjà, différents systèmes de contrôle du personnel occupé sur un chantier ont vu le jour. De tels systèmes sont de nature à lutter efficacement contre le travail au noir et à assurer le respect des conditions de travail et de salaire dans les marchés de travaux de construction, raison pour laquelle le recours à de tels systèmes doit être encouragé dans les marchés publics.

Art. 4 Questions des soumissionnaires (art. 35 et 36 AIMP)

Al. 1 :

Si cette disposition reprend, pour l'essentiel, l'actuel art. 17 du règlement, elle formalise en plus le droit pour l'adjudicateur de fixer un délai dans lequel les soumissionnaires peuvent poser des questions ainsi que les formes que celles-ci doivent respecter. L'adjudicateur peut ainsi assurer l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et maîtriser les modalités d'interpellation dont il peut faire l'objet à cette occasion.

Al. 2 :

Le délai de réponse aux questions dépend de leur complexité et de leur nombre. Afin que les soumissionnaires puissent exploiter au maximum le délai imparti pour la remise de leur offre, l'adjudicateur veillera à répondre aux questions posées dans les meilleurs délais.

Il répondra également au même moment à toutes les questions de manière à ce que tous les soumissionnaires disposent en même temps des informations supplémentaires.

Cette étape procédurale est importante et mérite que l'adjudicateur y apporte une attention particulière. En effet, s'il formule des réponses précises et exhaustives, il optimise les probabilités de recevoir des offres conformes à ses attentes. Dans les réponses qu'il délivre, l'adjudicateur veillera à ne pas avantager un soumissionnaire en particulier.

Chapitre III : Procédures de concours et de mandats d'étude parallèles

La thématique des concours et des mandats d'étude parallèles n'est abordée que très succinctement par le droit intercantonal des marchés publics. Ainsi, outre l'adjudication de gré à gré en faveur du lauréat (cf. art. 21, al. 2, let. i AIMP), est uniquement exigé à l'art. 22 AIMP que « [l']adjudicateur qui organise un concours d'études ou un concours portant sur les études et la réalisation ou qui attribue des mandats d'étude parallèles défini[sse] la procédure au cas par cas dans le respect des principes énoncés dans le présent accord » et que, pour ce faire, « [i]l peut se référer aux règles édictées en la matière par les associations professionnelles ». Conformément au commentaire de l'art. 22 AIMP, « les règlements SIA 142 et 143, portant respectivement sur les concours et sur les mandats d'étude parallèles (ci-après : les MEP), ont une grande importance pratique. Il s'agit cependant de règlements

privés qui, d'une part, s'appliquent uniquement s'ils sont intégrés dans les documents d'appel d'offres et, d'autre part, ne peuvent déroger aux dispositions (impératives) du droit des marchés publics en vigueur. On peut cependant s'y référer à des fins d'interprétation ou pour combler des lacunes » (cf. Message type du 24 septembre 2020 de l'AIMP 2019, p. 59).

Pour le surplus, le canton, en application de la compétence résiduelle conférée par l'art. 63, al. 4 AIMP, peut adopter des dispositions d'exécution en matière de concours et de MEP. Sont ainsi réglés par les art. 5 à 10 les types de procédure, les indications devant être contenues dans l'avis et le règlement de concours ou de MEP, la détermination de la valeur des concours et des MEP, la composition du jury ainsi que l'exigence de l'anonymat dans les concours.

Art. 5 Types de procédure (art. 13, al. 1, let. a LMP-VD)

Dans la majorité des cas, les concours et les MEP font l'objet d'un appel d'offres lancé selon la procédure ouverte ou la procédure sélective, car leur valeur est généralement supérieure au seuil de ces procédures. Il arrive cependant que l'objet du concours ou des MEP soit de moindre importance et que la valeur de ces derniers autorise une mise en concurrence plus restreinte par le biais d'une procédure sur invitation.

Au demeurant, le processus consistant à réduire graduellement le nombre de participants, comme prévu à l'al. 3 de la présente disposition, est courant dans la pratique. Il ne faut toutefois pas le confondre avec la préqualification, qui a lieu dans le cadre d'une procédure sélective et qui donne lieu à une décision sujette à recours (cf. art. 53, al. 1, let. b AIMP). Dans le cas présent, la réduction ne se fonde pas sur l'aptitude, mais sur l'évaluation donnée par le jury indépendant. Il ne s'agit pas uniquement de réduire le nombre de participants, mais aussi d'éviter à ces derniers une charge de travail inutile.

Enfin, il convient de rappeler que le classement, l'attribution des prix et la recommandation du jury en faveur d'un lauréat intervenant à l'issue d'une procédure de concours ou de MEP ne constitue pas une décision sujette à recours en droit des marchés publics (cf. art. 53, al. 1 *a contrario* AIMP).

Art. 6 Avis et règlement de concours et de mandats d'étude parallèles (art. 13, al. 1, let. a LMP-VD)

L'annexe 2, à laquelle renvoie la présente disposition, a pour tâche d'énumérer les indications devant au minimum être contenues dans l'avis et le règlement du concours, respectivement (ce qui constitue une nouveauté par rapport au droit actuel [cf. annexe 1]) dans l'avis et le règlement des MEP.

Art. 7 Détermination de la valeur des concours et des mandats d'étude parallèles (art. 13, al. 1, let. a LMP-VD)

L'actuel règlement ne précise pas comment la valeur d'un concours ou de MEP doit être calculée. Il s'agit toutefois d'une démarche nécessaire afin de déterminer le type de procédure à appliquer, si bien qu'une disposition y relative a été consacrée dans le nouveau droit pour répondre à ce besoin.

Estimer la valeur d'un concours ou de MEP dépend du type de concours ou de MEP en présence, en particulier du fait de savoir si l'adjudicateur prévoit d'adjuger (par le biais d'un gré à gré au sens de l'art. 21 al. 2 let. i AIMP) des prestations au lauréat à l'issue de la procédure. Ainsi, dans le cadre d'un

concours d'idées, qui a seulement pour but d'obtenir des propositions de solutions pour des tâches décrites et délimitées de manière générale, l'adjudicateur n'envisage pas d'attribuer un mandat au lauréat (cf. art. 3.2 SIA-142 ; cf. également JACQUES DUBEY, *Le concours en droit des marchés publics : la passation des marchés de conception, en particulier d'architecture et d'ingénierie*, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2005, p. 118s.). Seule la somme totale des prix doit partant être prise en compte pour évaluer la valeur dudit concours d'idées. En revanche, le lauréat d'un concours de projets ou d'un concours portant sur les études et la réalisation a généralement le droit de se voir adjuger un marché complémentaire au terme de la procédure. Afin de calculer la valeur de ces deux types de concours, l'adjudicateur doit donc non seulement tenir compte du montant total des prix, mais aussi de la valeur estimée des prestations complémentaires définies dans le règlement du concours qui seront adjugées. Pour rappel, dans un concours de projets, l'adjudicateur cherche à obtenir des solutions à un problème clairement identifié et énoncé de même qu'à identifier le candidat qui concrétisera en tout ou en partie ses propositions de solutions (cf. art. 3.3 SIA-142 ; JACQUES DUBEY, *op. cit.*, p. 119s.). Le concours portant sur les études et la réalisation, quant à lui, permet également d'obtenir des solutions à un problème défini avec clarté et précision, mais aboutit à une adjudication tant du mandat d'architecte ou d'ingénieur que des prestations de construction (cf. art. 4 SIA-142 ; JACQUES DUBEY, *op. cit.*, p. 120s.). Enfin, dans le cadre de MEP d'études et de MEP portant sur les études et la réalisation, la valeur correspond à la somme totale des indemnités, augmentée de la valeur estimée des prestations définies dans le règlement des MEP qui seront attribuées à l'issue de la procédure.

Art. 8 Jury (art. 13, al. 1, let. a LMP-VD)

La révision du droit vaudois des marchés publics est aussi l'occasion d'introduire une disposition relative à la composition du jury et à l'indépendance de ce dernier. De la sorte, le premier alinéa de cette disposition prévoit d'une part que la majorité des membres du jury doivent être des professionnels qui sont en rapport avec les prestations faisant l'objet du concours ou des MEP et, d'autre part, que la moitié au moins des professionnels doivent être indépendants de l'adjudicateur. Les deuxième et troisième alinéas, quant à eux, précisent que les autres membres du jury peuvent être choisis librement par l'adjudicateur et que le jury peut recourir à des spécialistes-conseils pour l'appréciation de questions particulières.

A cet égard, la notion de « jury » est utilisée dans cette disposition comme un terme générique désignant tant le jury d'un concours que le collège d'experts d'une procédure de MEP. La condition d'indépendance du jury vis-à-vis de l'adjudicateur doit au demeurant être interprétée en ce sens qu'il ne doit pas exister de rapport de travail public ou privé, c'est-à-dire un rapport de subordination, entre ce dernier et le juré (cf. JACQUES DUBEY, *op. cit.*, p. 242).

A noter encore que cette règle cantonale en matière de composition et d'indépendance du jury reprend les exigences posées dans les règlements SIA 142 et SIA 143, ce à une exception près toutefois. En effet, contrairement à la présente disposition, le ch. 10.4 du règlement SIA 143 ne requiert pas que la majorité de membres professionnels du jury (« collège d'experts ») soit indépendante de l'adjudicateur lorsque les MEP ne prévoient pas de poursuivre le mandat avec le lauréat (seuls deux membres devant l'être). Cette dérogation au règlement SIA 143, dans le sens d'une plus grande indépendance des membres du jury, se justifie pour des raisons de simplification et d'harmonisation entre les articles consacrés aux concours et aux MEP. Pour le surplus, un jury de

MEP (« collège d'experts ») est généralement composé de moins de membres que celui d'un concours, si bien que la condition d'indépendance posée à l'art. 8 al. 1 *in fine* pourra être satisfaite sans difficultés en pratique.

Art. 9 Anonymat (art. 13, al. 1, let. a LMP-VD)

Cette disposition introduit l'exigence d'anonymat pour les concours dans la législation vaudoise sur les marchés publics. Cette exigence est une caractéristique traditionnelle propre aux concours d'architecture et d'ingénierie. Elle impose une séparation entre la connaissance des prestations de conception mises en concurrence, d'une part, et la connaissance de l'identité de leur prestataire respectif, d'autre part. L'anonymat doit par ailleurs être garanti jusqu'au moment où le jury a évalué et classé les projets, attribué les prix et formulé sa recommandation (cf. JACQUES DUBEY, *op. cit.*, p. 109s. ; cf. également ch. 1.4 SIA 142).

Le principe de l'anonymat ne concerne cependant pas les MEP. Dans ces derniers, il est en effet nécessaire qu'un dialogue puisse être mené entre le jury (« collège d'experts ») et les candidats, dans le but de clarifier les points soulevés et de préciser les buts recherchés (cf. partie « Définitions » ainsi que ch. 1.4 et 14 SIA 143).

Art. 10 Prestations adjudgées à l'issue des concours et des mandats d'étude parallèles (art. 13, al. 1, let. a LMP-VD)

Une fois la procédure de concours ou de MEP achevée, l'adjudicateur peut adjuger de gré à gré au lauréat des prestations complémentaires en application d'une clause d'exception (gré à gré exceptionnel). Pour cela, les conditions cumulative posées à l'art. 21 al. 2 let. i AIMP doivent être réunies, à savoir :

- la procédure de concours ou de MEP a été organisée dans le respect des principes de l'AIMP ;
- les propositions de solutions ont été jugées par un jury indépendant ; et
- le droit d'adjuger le marché complémentaire selon une procédure de gré à gré a été réservé dans l'appel d'offres.

A défaut, lorsque les conditions susmentionnées ne sont pas remplies, l'adjudicateur est tenu d'organiser une procédure marchés publics pour adjuger les prestations supplémentaires à acquérir.

Le droit du lauréat de se voir adjuger des prestations complémentaires à l'issue de la procédure n'est cependant pas absolu et dépend du type de concours ou de MEP. Ainsi, dans un concours ou des mandats d'idées, le lauréat ne peut pas prétendre obtenir de prestations complémentaires de la part de l'adjudicateur, dès lors que, dans ce cadre, ce dernier ne cherche en principe pas à réaliser immédiatement les propositions retenues (cf. ch. 3.2 SIA 142 et ch. 3.2 SIA 143). Un tel droit existe en revanche pour les autres types de concours ou de MEP, à savoir les concours ou les mandats de projets et les concours ou les mandats portant sur les études et la réalisation, dans la mesure où ces derniers sont organisés dans la perspective d'adjuger un marché complémentaire subséquent.

A noter que l'adjudicateur a toujours la possibilité d'acquitter une indemnité pécuniaire au lauréat au lieu de lui attribuer le marché de gré à gré. Le refus de suivre la recommandation du jury doit toutefois reposer sur un motif valable (par exemple, un changement de site [cf. ch. 27.1 SIA 142 et ch. 27.1 SIA 143]) et ne pas être contraire aux principes d'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire (cf. JACQUES DUBEY, *Les nouveaux règlements SIA-142 et 143 édition 2009 : une parade et une offensive*, in : Zufferey/Stöckli (édit.), *Marchés publics 2010*, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 188).

Chapitre IV : Listes

Le principe des listes de soumissionnaires, anciennement intitulées « listes permanentes de soumissionnaires qualifiés » est maintenu dans le règlement.

Art. 11 à 14 (art. 28 AIMP et 13, al. 1, let. b LMP-VD) :

Les art. 11 à 14 qui composent la section 4 « Listes » correspondent, dans les grandes lignes, aux art. 25 à 28 du règlement d'application du 7 juillet 2004 de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (ci-après : aRLMP-VD).

De légères adaptations y ont été apportées de manière à assurer une concordance avec les exigences des art. 12 et 26 AIMP, en particulier en ce qui concerne le nouvel art. 12 RLMP-VD (anciennement art. 26 aRLMP-VD). L'art. 12 énonce ainsi de nouvelles exigences minimales que devront remplir les soumissionnaires pour prétendre à leur inscription sur une liste. C'est notamment le cas du respect des dispositions relative à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes et des obligations découlant de la loi fédérale sur le travail au noir (LTN ; RS 822.41). Le soumissionnaire doit également être à jour avec le paiement des impôts et des cotisations sociales exigibles. Le paiement des impôts et des cotisations sociales exigibles comprend non seulement les impôts et taxes fédéraux (TVA, AVS, AI, APG, AC, LPP et LAA) mais également les impôts cantonaux et communaux.

Chapitre V : Langue

L'art. 13, al. 1, let. c LMP-VD confère au Conseil d'Etat la compétence d'édicter les dispositions d'exécution relatives à la langue de la procédure, ainsi qu'à la langue des publications, des communications et des documents d'appel d'offres. Jusqu'ici, le règlement vaudois ne contenait qu'une seule disposition (art. 14 aRLMP-VD) traitant de la question de la langue dans les marchés publics vaudois.

Art. 15 Langue de la procédure, des publications et des communications (art. 13, al. 1, let. c LMP-VD)

En vertu de l'art. 3 de la Constitution du canton de Vaud (Cst-VD, BLV 101.01), la langue officielle du canton est le français. Il en va de même en matière de marchés publics. Seules les exceptions expressément mentionnées à l'art. 16 concernant la langue des documents permettent de recourir à l'utilisation d'autres langues, lorsque les circonstances le justifient.

Aussi, l'art. 15 prévoit que l'entier de la procédure de marchés publics doit avoir lieu en français, de l'appel d'offres, éventuellement précédé d'un avis préalable, à l'adjudication du marché ou à l'interruption de la procédure. Les publications faites par l'adjudicateur (cf. art. 48 AIMP et art. 19 RLMP-VD) obéissent également à cette règle, notamment la publication de l'avis d'adjudication qui intervient dans les procédures ouvertes ou sélectives en application de l'art 48 al. 6 AIMP et de l'art. 19 al. 1 et 4 RLMP-VD. Au surplus, toutes les communications échangées entre un adjudicateur et un soumissionnaire, par exemple lors de la phase de questions-réponses ou lors de l'examen des offres (cf. art. 38 al. 2 AIMP), doivent se dérouler en français. Ainsi, les soumissionnaires sont également contraints de communiquer avec l'adjudicateur en français, que cela soit pour la langue de leur offre et de leur demande de participation ou de leurs éventuelles questions.

Art. 16 Langue des documents d'appel d'offres (art. 13, al. 1, let. c LMP-VD)

L'art. 16 renferme, à ses al. 2 et 3, deux exceptions au principe de l'usage du français pour les documents à caractère technique. En effet, si en pratique les exigences des adjudicateurs peuvent généralement être définies de manière simple, il n'en va pas toujours de même des aspects techniques de ces exigences. En fonction des domaines et des particularités du marché, il est parfois difficile d'obtenir des documents à caractère technique en français. Par ailleurs, l'adjudicateur ne souhaite pas dans tous les cas effectuer une traduction de ces documents, respectivement faire effectuer une telle traduction par les soumissionnaires pour le dépôt de leur offre, par exemple dans un domaine où l'usage de l'anglais constituerait la norme et dans lequel les spécialistes sont habitués à travailler avec des documents rédigés dans cette langue. A titre d'exemple, peuvent constituer des documents à caractère technique la fiche caractéristique d'un moteur, la recette de fabrication d'une huile, un schéma hydraulique, un rapport ou un certificat d'homologation émis par un organisme officiel indépendant et reconnu (par exemple COC/TÜV dans le domaine des véhicules), une norme ISO ou encore des documents du marquage CE.

Conformément à la grande liberté d'appréciation dont dispose l'adjudicateur lors de la configuration de son marché, le choix de remettre des documents à caractère technique dans une autre langue que le français comme celui d'autoriser les soumissionnaires à déposer de tels documents dans une autre langue lui appartient. Le règlement restreint toutefois la marge de manœuvre de l'adjudicateur concernant le choix des autres langues qui peuvent être autorisées. Les al. 2 et 3 de l'art. 16 prévoient ainsi que seules les autres langues nationales – l'allemand et l'italien – sont autorisées, de même que l'anglais.

L'adjudicateur doit ainsi, s'il souhaite se prévaloir de l'une ou l'autre des exceptions prévues à l'art. 16 al. 2 et 3 RLMP-VD (ou des deux), spécifier dans ses documents d'appel d'offres quels documents à caractère technique seront remis par lui en allemand, en italien ou en anglais, cas échéant, quels documents pourront éventuellement être remis par les soumissionnaires dans ces mêmes langues. Il convient bien évidemment de limiter l'usage de ces exceptions aux cas qui le requièrent, le principe restant l'emploi du français pour l'ensemble des documents remis aux soumissionnaires ou qui sont remis par les soumissionnaires (al. 1).

Chapitre VI : Délais, publications, notification et statistiques

Art.17 Réduction des délais pour les marchés non soumis aux accords internationaux (art. 47 AIMP)

Cette disposition constitue le pendant de l'art. 47, al. 1 AIMP (qui est elle-même le pendant de l'art. XI par. 4, lit. c AMP 2012) pour les marchés non soumis aux accords internationaux, à savoir pour les marchés organisés en procédure ouverte ou sélective dont la valeur n'atteint pas les valeurs seuils internationales fixées dans l'annexe 1 AIMP 2019 mais également pour les marchés organisés en procédure sur invitation.

L'urgence au sens de cet article revêt un degré d'intensité moindre que celle prévue à l'art. 21, al. 2, let. d AIMP 2019. Elle n'a pas à être qualifiée d'extrême ou d'impérieuse au sens de l'AMP 2012 (sur ce point également cf. la Directive de l'Union européenne 2004 /18/CE du 31 mars 2004 relative à la

coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services [JO L 134, p. 114]).

Ce type d'urgence doit être apprécié de cas en cas et faire l'objet d'une pesée des intérêts en présence : celui de l'adjudicateur à pouvoir adjuger plus rapidement son marché en raison de circonstances particulières et celui des soumissionnaires à disposer du délai de remise des offres usuel (20 jours) pour élaborer et déposer leur offre.

L'adjudicateur ne devrait pas être en mesure de se prévaloir de l'urgence si cette dernière résulte d'une planification déficiente de sa part ou si l'invocation de l'urgence se révèle d'une quelconque autre manière incompatible avec la bonne foi dont il doit faire preuve.

La réduction du délai de remise des offres ainsi que sa justification devraient, pour respecter le principe de transparence, figurer dans les documents d'appel d'offres.

Art. 18 Organes de publication (art. 48, al. 7 AIMP)

L'art. 48, al. 1 AIMP désigne la plateforme internet exploitée conjointement par la Confédération et les cantons, soit l'actuelle plateforme simap.ch, comme organe de publication des marchés publics. L'art. 48, al. 7 AIMP offre cependant aux cantons la possibilité de prévoir d'autres organes de publication.

L'art. 18 s'inscrit dans la continuité du droit en vigueur (cf. art. 11 aRLMP-VD) en désignant la plateforme simap.ch comme organe officiel de publication des marchés publics et la Feuille des avis officiels du Canton de Vaud (FAO) comme organe de publication supplémentaire. A l'instar de ce qui a cours aujourd'hui (cf. modifications du aRLMP-VD du 27 juin 2012 et du 28 juin 2017 et le commentaire article par article disponible sur le site internet de l'Etat de Vaud²), l'art. 18, al. 1 précise que seules les publications qui paraissent sur la plateforme simap.ch font foi. Cela signifie notamment qu'en cas de contradiction entre le contenu d'un avis paru sur la plateforme simap.ch et celui d'un avis publié dans la FAO, celui paru sur la plateforme simap.ch prévaut. De surcroît, seule la date de la publication sur la plateforme simap.ch est déterminante pour la notification des décisions intervenant par voie de publication (appel d'offres, avis d'adjudication de gré à gré au sens de l'art. 21, al. 2 AIMP) et le calcul du délai de recours de vingt jours.

Enfin, conformément à la modification du règlement intervenue le 28 juin 2017, les publications sur la plateforme simap.ch et dans la FAO n'interviennent pas simultanément afin d'offrir une plus grande réactivité aux adjudicateurs en raison des délais de publication de la FAO.

Afin d'éviter tout risque de confusion et de contestation quant à la date déterminante pour le point de départ du délai de recours, les avis marchés publics publiés dans la FAO continueront, comme aujourd'hui, de ne pas contenir de rubrique mentionnant les voies et délais de recours. Seule la publication dans SIMAP indiquera les voies et le délai de recours.

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

Art. 19 Publications (art. 48, al. 1 AIMP et 13, al. 1, let. e LMP-VD)

Al. 1 :

La première phrase de l'art. 48, al. 1 AIMP expose que, dans les procédures ouvertes ou sélectives, l'avis préalable, l'appel d'offres, l'adjudication et l'interruption de la procédure sont publiés sur la plateforme internet exploitée conjointement par la Confédération et les cantons, à savoir la plateforme simap.ch. La FAO étant instituée comme organe de publication supplémentaire au sens de l'art. 48, al. 7 AIMP par l'art. 18, al. 2, il est nécessaire d'indiquer ici que les actes susmentionnés sont également publiés dans celle-ci.

Al. 2 :

Le droit vaudois commande actuellement (cf. art. 11bis aRLMP-VD) que seul un résumé de la publication de l'appel d'offres paraisse dans la FAO. Cette exigence est reprise dans le nouveau droit avec ce deuxième alinéa. Pour définir les éléments devant être indiqués dans ce résumé, il est aujourd'hui fait référence à l'art. 13 aRLMP-VD, qui précise les indications devant au minimum être contenues dans la publication de l'appel d'offres sur la plateforme simap.ch. Ces indications étant désormais énumérées à l'art. 35 AIMP, il convient logiquement de renvoyer à cette nouvelle disposition.

Al. 3 :

L'art. 48, al. 1 AIMP exige une publication des adjudications de gré à gré au sens de l'art. 21, al. 2 AIMP (« gré à gré exceptionnel ») uniquement pour les marchés soumis aux accords internationaux. Les cantons ont toutefois la possibilité de prévoir dans leur législation respective que de telles adjudications soient également publiées pour les marchés qui ne sont pas soumis auxdits accords. Dans la législation vaudoise en vigueur (cf. art. 39 al. 3 aRLMP-VD), les adjudications de gré à gré exceptionnel sont publiées sur la plateforme simap.ch et dans la FAO tant pour les marchés soumis aux accords internationaux, conformément aux exigences internationales, que pour les marchés non soumis à ces accords (marchés nationaux). Le système actuellement en place favorise les principes de transparence et de protection juridique. Il est donc repris dans le nouveau droit à ce troisième alinéa, qui impose la publication de toute adjudication de gré à gré au sens de l'art. 21 al. 2 AIMP.

Al. 4 :

Cet alinéa a pour but de clarifier les exigences à respecter en relation avec la publication des adjudications des marchés lancés en procédure ouverte ou sélective ou de gré à gré au sens de l'art. 21, al. 2 AIMP (« gré à gré exceptionnel ») qui ne sont pas soumis aux accords internationaux. L'art. 48, al. 6 AIMP, qui règle la question du délai dans lequel l'adjudication doit être publiée ainsi que celle du contenu de l'avis d'adjudication, ne concerne en effet que les marchés soumis auxdits accords. Aussi, pour les adjudications des marchés non soumis aux accords internationaux organisés en suivant une procédure ouverte ou sélective, le délai de publication de 30 jours prévu dans cette disposition, qui commence à courir dès l'entrée en force de la décision d'adjudication, trouve également application. Il en est de même des indications à mentionner dans l'avis d'adjudication qui sont énumérées aux let. a à f de l'art. 48, al. 6 AIMP.

En revanche, dans la mesure où, dans le cadre d'une procédure de gré à gré au sens de l'art. 21, al. 2 AIMP, la publication de l'adjudication doit intervenir immédiatement (puisque la notification intervient par voie de publication [cf. art. 20 RLMP-VD]), ce délai de 30 jours n'est pas applicable. Quant à l'avis adjudication, il doit indiquer, outre les éléments déjà listés aux let. a à f de l'art. 48, al. 6 AIMP, la motivation sommaire de l'adjudication définie à l'art. 51, al. 3 AIMP ainsi que les voies de droit.

Art. 20 Notification des décisions (art. 51 AIMP)

L'art. 51, al. 1 AIMP confère aux cantons la liberté de choisir le mode de notification des décisions, autrement dit si les décisions doivent être notifiées par voie individuelle ou par voie de publication. Le système qui prévaut actuellement dans la législation vaudoise (cf. art. 42, al. 1 aRLMP-VD) est repris à l'art. 20 du règlement. Ainsi, exception faite des avis d'appel d'offres et des décisions d'adjudication rendues à l'issue d'une procédure de gré à gré au sens de l'art. 21, al. 2 AIMP (« gré à gré exceptionnel ») qui sont notifiés par voie de publication, l'adjudicateur communique ses autres décisions (cf. art. 53, al. 1 AIMP) par notification individuelle. Usuellement, la notification individuelle d'une décision est adressée par pli recommandé pour permettre à l'adjudicateur de suivre son acheminement et de savoir à quel moment précis la décision a été notifiée. La notification de la décision marque, en effet, le point de départ du délai de recours qu'elle intervienne par notification individuelle ou par voie de publication. Lorsqu'un envoi recommandé n'est pas cherché pas le destinataire d'une décision et qu'il est retourné à l'expéditeur (l'adjudicateur) avec la mention « non réclamé », le 7^{ème} jour du délai de garde vaut notification. Conformément à la jurisprudence, cette fiction de notification ne s'applique que pour autant que le destinataire puisse s'attendre à recevoir une telle décision (cf. ATF 134 V 49 consid. 4 p. 52 ; ATF 130 III 396 consid. 1.2.3 p. 399 ; ATF 127 I 31 consid. 2a/aa p. 34 ; ATF 123 III 492 consid. 1 p. 493, et les arrêts cités ainsi que l'arrêt de la CDAP PS.2016.0033, consid. 1 du 25.10.2016). Cette fiction de notification s'applique ainsi au soumissionnaire engagé dans une procédure de marché public.

La notification individuelle d'une décision doit être distinguée de l'éventuelle obligation de publication (cf. art. 48 AIMP et 19 RLMP-VD) de cette décision. Ainsi, une décision d'adjudication intervenant dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective devra, dans un premier temps, faire l'objet d'une notification individuelle aux différents soumissionnaires, en particulier pour ouvrir la voie de recours, puis, dans un deuxième temps, faire l'objet d'un avis publié sur la plateforme simap.ch et dans la FAO pour satisfaire aux exigences de publication de l'art. 48 AIMP. Cet avis publié ne notifiera pas de nouvelles voies de recours (déjà notifiées par la notification individuelle) et son contenu devra répondre aux exigences de l'art. 48, al. 6 AIMP.

En cas d'interruption de procédure, une notification individuelle sera adressée à chaque soumissionnaire partie à la procédure en ouvrant les voies de recours et une publication subséquente (sans notifier de nouvelles voies de recours) paraîtra sur la plateforme simap.ch et dans la FAO conformément à l'art. 48, al. 1 AIMP. Dans l'hypothèse, rare en pratique, où un pouvoir adjudicateur devait interrompre une procédure avant l'échéance du délai de remise des offres, soit avant que les soumissionnaires ne soient connus, la publication de l'interruption de la procédure sur la plateforme simap.ch et dans la FAO vaudra exceptionnellement notification et devra notifier une voie de recours.

Art. 21 Statistiques (art. 50 AIMP)

L'obligation de tenir des statistiques pour les marchés soumis à la concurrence internationale trouve sa source dans les accords internationaux. L'art. XVI, par. 4, AMP 2012 définit, à cet égard, les exigences minimales applicables à ces relevés statistiques.

Al. 1 :

Cet alinéa désigne l'autorité compétente au sein du canton de Vaud pour récolter les données requises et préparer une statistique électronique annuelle des marchés soumis aux accords internationaux adjugés au cours de l'année précédente. Cette statistique annuelle est ensuite adressée à l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) à l'intention du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) (al. 3).

La récolte des données nécessaire à l'établissement de la statistique annuelle s'opère par l'entremise de la plateforme simap.ch. En effet, les adjudicateurs sont tenus, conformément aux exigences de l'art. 48 AIMP, de publier un avis d'adjudication à l'issue d'une procédure ouverte, sélective ou gré à gré au sens de l'art. 21, al. 2 AIMP soumise aux accords internationaux ou non (cf. art. 19, al. 4 RLMP-VD). Les données renseignées par les adjudicateurs dans ces avis d'adjudication servent à l'établissement de la statistique annuelle, raison pour laquelle ces données doivent être exactes et répondre aux exigences de contenu de l'art. 48, al. 6 AIMP. Ainsi, outre le type de procédure utilisé, l'objet et l'étendue du marché, le nom et l'adresse de l'adjudicateur, la date de l'adjudication, le nom et l'adresse du soumissionnaire retenu, le prix total de l'offre retenue, taxe sur la valeur ajoutée comprise, doit figurer dans l'avis publié.

Dans les hypothèses où le montant de l'adjudication ne peut être renseigné avec précision, par exemple parce que le marché porte sur différents articles comportant chacun un prix unitaire et que les quantités ne sont pas connues à l'avance ou encore dans l'hypothèse d'un contrat-cadre portant sur un nombre indéterminé de prestations futures adjugées sur la base d'un tarif horaire, l'adjudicateur pourra indiquer, en sus des prix unitaires ou du tarif horaire retenus, une estimation de la valeur globale du marché adjugé. Ce faisant, les données statistiques ne seront pas faussées.

Enfin, le prix de l'offre retenue doit impérativement être publié en tenant compte de la TVA, soit un prix TTC.

Al. 4 :

Ce dernier alinéa prévoit que les marchés publiés adjugés par les adjudicateurs vaudois (administration cantonale vaudoise, communes et autres) fassent également l'objet d'une statistique annuelle. Cette statistique portera sur les seuls marchés publiés, à savoir les marchés adjugés à l'issue d'une procédure ouverte, sélective ou de gré à gré au sens de l'art. 21, al. 2 AIMP qu'ils soient ou non soumis aux accords internationaux. A des fins de transparence, cette statistique annuelle sera publiée sur le site internet de l'Etat consacré aux marchés publics.