

Règlement sur les marchés publics (RLMP-Vd). Commentaires article par article.

- Chapitre premier : Dispositions générales (articles 1 à 4) :

L'article premier Entité non assujettie reprend l'alinéa 2 de l'actuel article premier.

L'article 2 Valeur du marché correspond à l'article 3 du règlement actuel, avec inversion des deux alinéas.

Cet article précise que toutes les formes de contre-prestations doivent être comptées pour fixer la valeur du marché, ce qui n'est pas le cas de la TVA et pose le principe de l'interdiction de diviser le marché pour contourner les seuils.

L'article 3 nouveau Marchés de construction fixe le mode de calcul des marchés de construction. Cet article induit un grand changement au niveau vaudois, car les services et fournitures qui se rapportaient à l'ouvrage étaient auparavant compris dans le calcul de l'ouvrage (art. 2 ancien). Dorénavant la valeur de l'ouvrage sera calculée en sommant tous les travaux de construction uniquement

Pour les ouvrages non soumis aux traités internationaux inférieurs à Fr. 9'575'000.- (seuil OMC), le mode de calcul devient fondamentalement différent. Ce n'est plus la valeur globale du marché qui va définir la procédure, mais la valeur de chaque marché de construction pris séparément. Pour un même ouvrage, des seuils différents pour le gros-œuvre, soit la structure porteuse (Fr. 500'000.-) d'une part et pour le second-œuvre, les fournitures et les services (Fr. 250'000.-) d'autre part sont introduits. Chaque marché de nature différente de gros-œuvre, de second-œuvre, de services et de fournitures, sera soumis selon ses propres seuils pour ce qui concerne le choix de la procédure d'adjudication. Dorénavant pour un même ouvrage, certains marchés seront adjugés selon la procédure ouverte pour des CFC (code des frais de construction), selon la procédure sur invitation pour d'autres et enfin de gré à gré pour le solde (voir valeurs seuils définies à l'annexe 2 de l'AIMP).

Toutefois la division d'un ouvrage en plusieurs marchés correspondant aux CFC suppose que des travaux de même nature soient regroupés pour former des marchés cohérents. On tiendra compte ainsi des travaux regroupés sous un numéro de CFC à trois chiffres (CFC 211 Travaux de maçonnerie, CFC 214 Construction en bois, etc) pour déterminer la valeur du marché.

Il en va de la même pour les marchés de services des mandataires. Les marchés d'architectes, d'ingénieurs civils et d'ingénieurs CVSE sont à estimer séparément, n'étant pas considéré de même nature¹.

L'article 4 Fournitures et services correspond à l'article 4 actuel.

Il indique le principe applicable aux marchés répétitifs ou périodiques pour fixer le seuil. C'est la valeur totale de l'ensemble des marchés successifs qui est déterminante. Pour un contrat périodique, mensuel par exemple, à durée indéterminée on calcule la valeur sur 48 mois pour déterminer la seuil. Les exemples des contrats à durée indéterminée sont nombreux; tous les contrats d'assurances (RC entreprise, retraite, etc), des contrats de ramassage de déchets, de transports scolaires, des mandats d'organes de révision, de conseils, etc.

La doctrine suggère d'interdire ce type de contrats à durée indéterminée². En effet, ceux-ci constituent une limitation excessive et prohibée de la liberté d'accès au marché. Il en va de même pour les contrats de durée déterminée prévoyant une clause de reconduction tacite d'année en année, sauf si un terme au contrat est prévu.

Par conséquent, nous préconisons que ce type de marché soit clairement limité dans le temps (par exemple 3 ou 5 ans maximum). C'est à l'adjudicateur de décider quelle durée est la plus appropriée. Le contrat résultant, un contrat de mandat, est dénonçable moyennant des conditions qu'il faut préalablement fixer (par ex. trois mois avant la fin de l'année). La valeur du marché, qui déterminera le degré d'ouverture et le type de procédure, sera la valeur annuelle multipliée par le nombre d'années prévues.

L'article 1 actuel *Adjudicateurs* est supprimé. Il prévoyait au 1^{er} alinéa que le Conseil d'Etat publie une liste des adjudicateurs soumis à la législation. Cette liste n'a été publiée qu'en 1999 et 2000. La difficulté de sa mise à jour a fait qu'elle n'était pas exhaustive avec comme conséquence le risque qu'une entité non inscrite l'invoque pour échapper à la législation.

L'article 5 actuel *Clause de minimis* est supprimé, car il donnait la définition de la clause de minimis qui fait partie maintenant de l'art 5 de la loi.

¹ Tribunal administratif Vaud, arrêt GE000/00136 du 24.01.2001

² Me Denis Esseiva. Note 1 p.128 in droit de la construction BR/DC4/2000

Règlement sur les marchés publics (RLMP-Vd). Commentaires article par article.

- 2^{ème} chapitre : Soumissionnaires (articles 5 à 7) :

L'article 5 Consortium correspond à l'article 9 actuel.

Il précise qu'une offre peut être faite par un consortium, si tous les membres satisfont aux dispositions du règlement et si cette forme n'a pas été expressément exclue dans l'appel d'offres.

L'article 6 nouveau Participants à l'exécution du marché regroupe en un seul article la sous-traitance de l'article 10 actuel, ainsi que toutes les mentions faites à la protection des travailleurs et aux conditions de travail qui étaient contenues aux articles 29, 30 et 33. Le soumissionnaire doit indiquer l'importance des travaux qu'il entend sous-traiter, le nom et l'aptitude des sous-traitants. Dans un premier temps, l'adjudicateur peut uniquement s'assurer que les soumissionnaires et ses sous-traitants s'engagent par déclaration à respecter les conditions de travail et l'égalité hommes-femmes (2^{ème} alinéa) puis dans un deuxième temps il peut en exiger la preuve (4^{ème} alinéa).

L'article 7 Incompatibilités correspond à l'article 18 actuel. Il précise en plus dans quelles conditions ceux qui ont participé à l'élaboration des documents d'appel d'offres peuvent présenter une offre.

- 3^{ème} chapitre : Procédures particulières (articles 8 à 10) :

L'article 8 reprend toutes les conditions énumérées à l'article 8 actuel et les complète avec deux nouveaux alinéas provenant des directives suisses qui concernent d'une part les droits fondamentaux et d'autre part les concours.

L'article 9 nouveau définit la procédure sur invitation. Cette procédure est en fait une procédure sélective non publiée. Les articles non applicables à l'invitation à soumissionner sont les indications à publier, les délais à appliquer et la publication de l'adjudication.

L'article 10 correspond à l'article 7 actuel pour les trois premiers alinéas. Le quatrième alinéa est amputé de la clause qui touchait les communes. Le choix des candidats sélectionnés pour la deuxième phase de la procédure sélective doit se baser sur des critères d'aptitude et non sur la provenance géographique.

- 4^{ème} chapitre : Publication de l'appel d'offres (articles 11 à 14) :

Ce chapitre est nouveau et regroupe les articles traitant spécifiquement de la publication. Le découpage des articles est différent du règlement en vigueur.

L'article 11 Forme reprend les deux premiers alinéas de l'article 13 actuel et fixe comment sont communiqués les avis selon l'ampleur et le type de marchés. Il instaure l'obligation de publier tous les avis ouverts et sélectifs sur le site internet simap pour toutes les entités soumises y compris les communes.

L'article 12 nouveau reprend le deuxième alinéa de l'article 11 actuel sur les marchés groupés qui peuvent faire l'objet d'une seule publication.

L'article 13 Indications correspond à l'alinéa 3 de l'article 13 actuel et reprend l'énumération des indications à publier en ajoutant la mention des garanties exigibles, la méthodologie d'évaluation du critère prix et les autres critères d'adjudication et leur pondération.

L'article 14 Langue est identique à l'article 12 actuel qui précise que la langue française est à utiliser pour tous les documents remis.

- 5^{ème} chapitre : Documents d'appel d'offres (articles 15 à 20) :

L'article 15 Documents d'appels d'offres reprend l'énumération des exigences minimales du contenu des documents d'appel d'offres de l'article 14 actuel en ajoutant la mention de la participation de l'auteur du cahier des charges selon les clauses de l'alinéa 2 de l'article 7, les questions et précisions sur les moyens de preuves à fournir permettant d'évaluer tous les critères et la possibilité d'adjuger sous condition, notamment l'octroi du crédit par l'autorité législative.

Règlement sur les marchés publics (RLMP-Vd). Commentaires article par article.

L'article 16 Spécifications techniques correspond à l'article 15 actuel avec une modification de libellé du 5ème alinéa sur les avis sollicités à un soumissionnaire participants au marché. En conformité avec l'article 6, let f bis de la loi qui introduit le respect des principes du développement durable, il est ajouté un nouvel alinéa définissant l'utilisation des éco-labels. Cet article se réfère à la directive européenne 2004/18 CE du 31 mars 2004, article 23, point 6 page L134/133.

L'article 17 Renseignements est identique à l'article 16 actuel avec la précision que les renseignements donnés ne doivent pas favoriser un soumissionnaire. Seules des réponses à des questions formelles peuvent être communiquées individuellement. Les réponses sur le fond doivent être communiquées à tous les participants.

L'article 18 Confidentialités et droits d'auteurs reprend l'article 17 actuel avec une modification au deuxième alinéa qui précise la mise à disposition de documents confidentiels.

L'article 19 Délais : principe correspond aux deux premiers alinéas de l'article 19 actuel.

L'article 20 Délais et exceptions regroupe les articles actuels 19, al. 3 (délais) et 20 (exceptions).

- **6^{ème} chapitre : Règles particulières aux concours (articles 21 à 23) :**

Ce chapitre a été remodelé afin de mieux préciser les principes généraux, les procédures, ainsi que les indemnisations.

L'article 21 nouveau décrit les buts poursuivis par les concours.

L'article 22 nouveau mentionne les normes professionnelles applicables.

L'article 23 sur les indemnisations reprend les deux derniers alinéas de l'article 22 actuel et précise qu'il faut mentionner les modalités d'indemnisation dans le programme.

- **7^{ème} chapitre : Aptitude des soumissionnaires (articles 24 à 28) :**

Ce chapitre sur les listes permanentes reprend les mêmes articles que l'actuel règlement avec quelques modifications. Le principe des listes a été maintenu, même s'il a été fait le constat que seuls les cantons de Vaud et du Valais tiennent de telles listes. Il faut rappeler que ce système devrait permettre aux acteurs (entreprises et adjudicateurs) d'alléger les contrôles en matière de preuves d'aptitude. Les associations professionnelles du secteur de la construction tiennent actuellement la liste des entreprises de la construction.

L'article 24 définissant les critères d'aptitude introduit la gestion environnementale comme aptitude (art. 48, point 2, let f et art. 50 de la directive 2004/18 CE) et précise au troisième alinéa que certaines preuves peuvent être demandées en cours d'évaluation des offres. Il s'agit principalement de preuves financières, telles que les preuves de paiement des charges sociales, qui alourdissent les dossiers de candidature et les contrôles, lorsqu'elles sont demandées à tous les candidats.

Les articles 25 à 27 traitent des listes permanentes et reformulent les articles 25 à 27 actuels en définissant tout d'abord à quoi servent les listes (article 25), ensuite la procédure et les critères d'inscription (article 26) et enfin qui les tient et selon quelles modalités (article 27).

L'article 28 est identique à l'article 28 actuel sur la réciprocité à l'égard des listes permanentes tenue dans les autres cantons.

Règlement sur les marchés publics (RLMP-Vd). Commentaires article par article.

- 8^{ème} chapitre : Offres (articles 29 à 36) :

L'article 29 Envoi reprend l'article 31 actuel.

L'article 30 nouveau Indemnisations reprend le deuxième alinéa de l'article 31 actuel qui précise qu'aucune indemnité n'est exigible pour élaborer une offre ou un dossier de participation

L'article 31 Ouverture des offres correspond à l'article 32 actuel. L'ouverture doit avoir lieu par au minimum deux représentants de l'adjudicateur et un procès-verbal doit être tenu et consultable.

L'article 32 Motifs d'exclusion reprend l'énumération de l'article 33 actuel en précisant littéralement à la lettre c la référence à l'article 11 de l'AIMP. La notion de faux renseignements a été déplacée sous le motif d'exclusion de l'offre et il a été ajouté deux motifs d'exclusion suite à une sanction prévue à l'article 13a de la loi et pour non-respect d'exigences de forme. La let l est modifiée dans le sens de l'art 36 Offres anormalement basses.

L'article 33 Examen des offres reprend l'article 34 actuel, mais précise à l'alinéa 2 que seules les erreurs de calcul et d'écriture peuvent être corrigées. Toute autre correction constitue une modification de l'offre.

L'article 34 Explication correspond à l'article 35 actuel avec la précision au deuxième alinéa que les explications orales sont confirmées par écrit au soumissionnaire.

L'article 35 Interdiction des négociations ajoute à l'article 36 actuel le seul cas où les négociations sont permises, lors du gré à gré. Par conséquent, les négociations sont donc aussi interdites lors de la procédure sur invitation.

L'article 36 Offres anormalement basses modifie le libellé de l'article 37 actuel en reprenant l'article 55, point 1 de la directive 2004/18 CE. Un adjudicateur peut exclure une offre qui paraît anormalement basse par rapport à la prestation après avoir demandé par écrit des précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportune.

- 9^{ème} chapitre : Attribution du marché (articles 37 à 42) :

L'article 37 Critères d'adjudication reprend la liste des critères d'adjudication de l'article 38 actuel, le critère caractère écologique est remplacé par les caractéristiques environnementales. L'engagement en faveur de la formation ne peut pas être utilisé comme un critère en soi, mais seulement comme critère complémentaire permettant de départager deux offres ex æquo. Il en va de même pour la collaboration, par voie de sous-traitance, avec des jeunes entreprises pour une partie du marché, qui vise à promouvoir la relève. Il est ajouté un alinéa qui précise que les méthodes d'évaluation doivent être arrêtées avant le retour des offres.

L'article 38 Division du marché formule l'article 39 actuel autrement. L'adjudicateur doit annoncer dans l'appel d'offres s'il a l'intention de partager le marché en plusieurs lots.

L'article 39 Publication de l'adjudication du marché reprend l'article 40 actuel en précisant que la publication de l'adjudication utilisera les mêmes moyens de communication que l'appel d'offres décrits à l'article 11. Par conséquent, les adjudications de marchés devront paraître aussi sur le site simap. La lettre f est modifiée et va dans le sens de l'harmonisation suisse. Seul le prix de l'offre retenue sera dorénavant publié, c'est la valeur la plus importante à communiquer. Il est à relever que le canton de Vaud était le seul canton en Suisse à publier les trois valeurs d'offres ; celle retenue, la plus basse et la plus élevée. La lettre g nouvelle précise que la mention d'adjudication sous condition résolutoire doit aussi être mentionnée dans la publication. Le troisième alinéa nouveau rappelle que les adjudications rendues de gré à gré selon les conditions de l'article 8 doivent aussi être publiées avec l'indication de la condition qui a justifié ce choix afin de permettre aux candidats lésés par ce choix de recourir.

L'article 40 Révocation de l'adjudication précise l'article 41 actuel.

Règlement sur les marchés publics (RLMP-Vd). Commentaires article par article.

L'article 41 Interruption ... complète l'article 42 actuel par une lettre c nouvelle qui permet l'interruption de procédure, lorsqu'un nombre insuffisant d'offres empêche une saine concurrence et une lettre d nouvelle qui prévoit l'interruption pour dépassement de crédit. La lettre e précise que non seulement la modification d'un projet peut être invoquée pour interrompre une procédure, mais aussi un retard important. Il est précisé au deuxième alinéa que l'interruption, la répétition et le renouvellement doivent être notifiées par écrit aux soumissionnaires.

L'article 42 nouveau Décisions de l'adjudicateur décrit la forme et la motivation des décisions de l'adjudicateur conformément à l'alinéa g de l'article 8 de la loi. Seule une notification individuelle permet de motiver même sommairement la décision. Les décisions notifiées individuellement n'ont pas besoin d'être publiées, sauf les décisions d'adjudication. L'obligation de publier vaut également pour les adjudications rendues de gré à gré aux conditions de l'article 8 du règlement.

- **10^{ème} chapitre : Surveillance (articles 43 à 45) :**

L'article 43 Statistiques ampute l'article 44 actuel des indications nécessaires aux statistiques. Ces indications dépendront dorénavant des directives transmises par l'autorité intercantonale.

L'article 44 Surveillance des soumissionnaires est identique à l'article 45 actuel.

L'article 45 nouveau concernant l'archivage provient de l'accord bilatéral.

L'article 43 actuel *Objet du recours* est supprimé car il a été introduit dans la loi à l'article 10

L'article 46 actuel *Commission consultative* a été supprimé car l'article 15 de la loi instituant cette commission a été abrogé.

Le chapitre 10 actuel *Marchés publics du canton au dessous des seuils* est supprimé car il promulguait des degrés d'ouverture aux marchés inférieures pour l'administration cantonale, qui ne sont plus nécessaires avec les nouveaux seuils de l'AIMP.

- **11^{ème} chapitre : Disposition finale (article 46 à 47) :**

L'article 46 abroge le règlement actuel.