

LE DROIT DES MARCHES PUBLICS

Conférence du stage – 1er mars 2021

WilhelmGilliéron
AVOCATS

Ema BOLOMEY

- Depuis 2017: Avocate chez Wilhelm Gilliéron Avocats
Responsable du pôle de droit administratif
CAS en économie publique, UNIL/IDHEAP
- 2013-2017: Secrétaire générale de l'OAV
- 2013: Avocate chez MCE Avocats à Lausanne
- 2011-2013: Stage d'avocat chez Pétremand & Rappo Avocats à Lausanne

WilhelmGilliéron
AVOCATS

Plan de la présentation

I. Application des dispositions sur les MP

II. Procédure d'adjudication

III. Procédure de recours

IV. Le nouveau droit des marchés publics

I. Application des dispositions sur les MP

Définition du marché public (art. 8 n-LMP):

- a) Contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire
- b) En vue de l'exécution d'une **tâche publique**
- c) De nature onéreuse
- d) Un échange de prestations et contre-prestations, le soumissionnaire fournissant la prestation caractéristique.

Définition jurisprudentielle:

"Il y a marché public si un pouvoir public ou privé, assujetti au droit des marchés publics, passe un contrat avec un soumissionnaire privé portant sur l'acquisition de constructions, de fournitures ou de services, moyennant une rétribution financière" (Arrêt du Tribunal fédéral ATF 125 I 209).

I. Application des dispositions sur les MP

Définition du marché public:

«Le droit qui règle les achats effectués
par les pouvoirs publics»

I. Application des dispositions sur les MP

Définitions:

- **Adjudication:** attribution par un adjudicateur à un soumissionnaire d'un marché, au terme d'une procédure publique de mise en concurrence
- **Adjudicateur (ou autorité/entité adjudicatrice):** l'entité qui attribue le marché
- **Soumissionnaire:** : une personne physique ou morale, de droit privé ou de droit public, ou un groupe de telles personnes qui offre des prestations ou qui demande à participer à un appel d'offres public ou à se voir déléguer une tâche publique ou octroyer une concession
- **Adjudicataire:** le soumissionnaire auquel le marché a été adjudgé
- **Valeur-seuil:** montant (CHF) en permet de déterminer quelle procédure s'applique

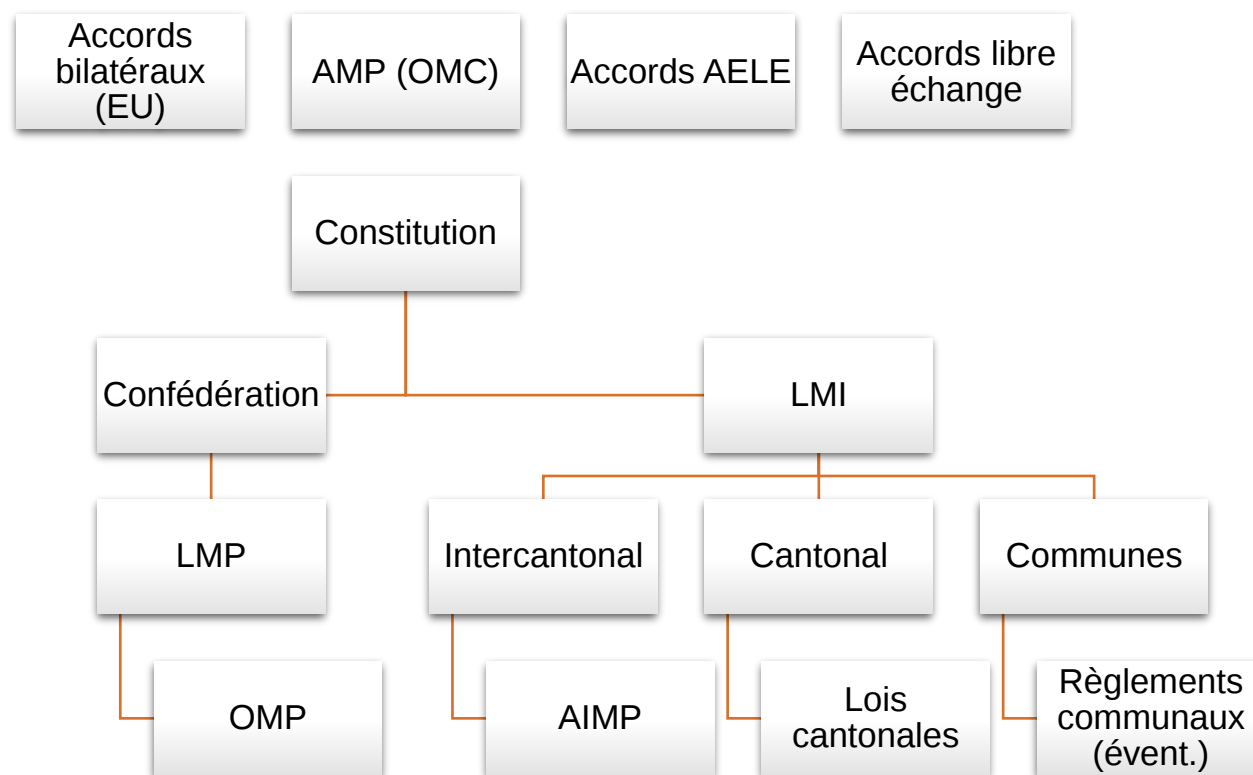
I. Application des dispositions sur les MP

Quel est le but des marchés publics?

- a. une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables;
- b. la transparence des procédures d'adjudication;
- c. l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires;
- d. une concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires, en particulier par des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption.

I. Application des dispositions sur les MP

Cadre légal du droit des marchés publics



I. Application des dispositions sur les MP

Cadre légal du droit des marchés publics – canton de Vaud

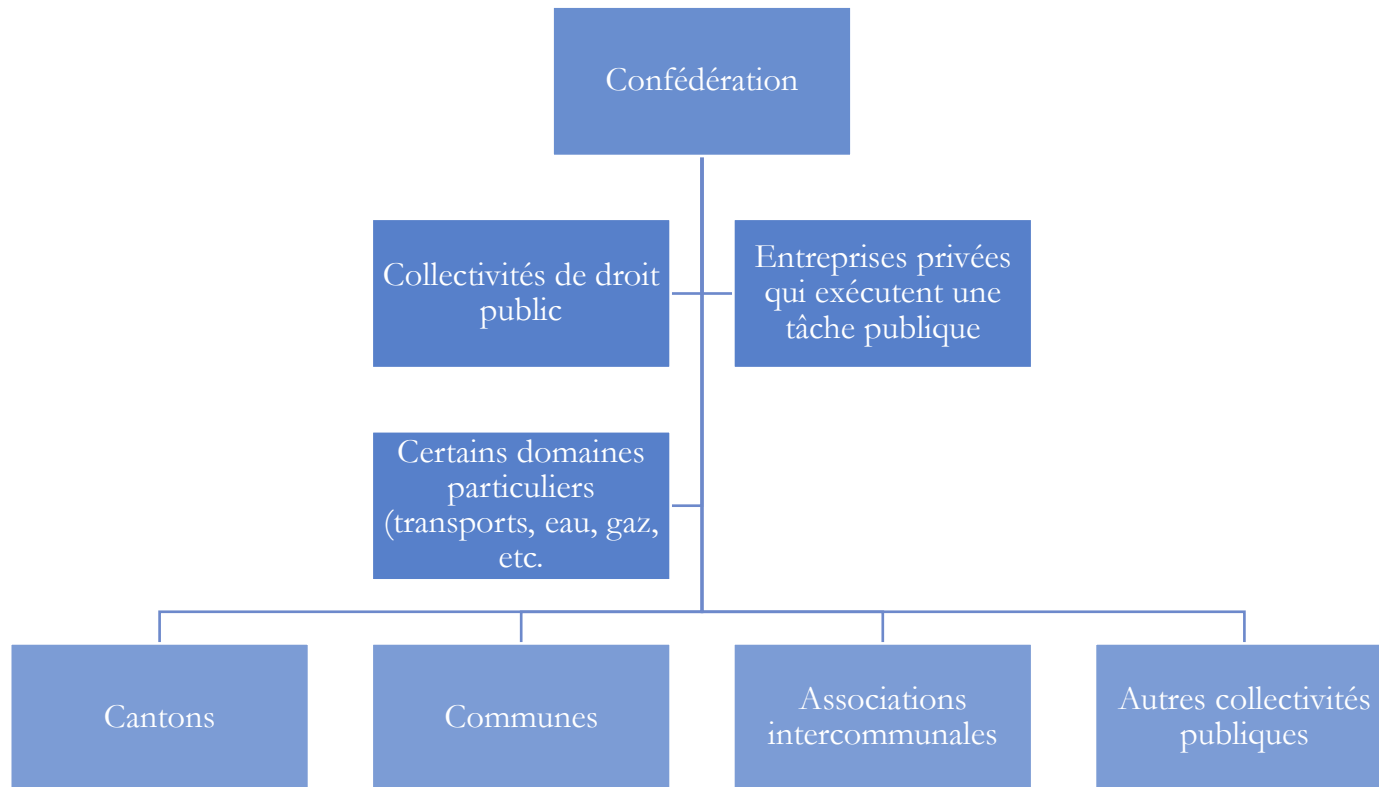
- Loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD, RS 726.01)
- Règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD, RS 726.01.1)

I. Application des dispositions sur les MP

- **Qui?** Cette question porte sur le champ d'application personnel : quels adjudicateurs sont soumis au droit des marchés publics ?
- **Quoi?** Cette question porte sur l'objet du marché : s'agit-il d'une prestation de service, d'un bien ou d'une prestation de construction ?
- **Combien?** Cette question porte sur la valeur du marché : celle-ci dépasse-t-elle ou non une valeur seuil définie par la loi ?
- **Exceptions?** Cette question porte sur l'exclusion éventuelle de certains marchés du champ d'application de la LMP : certaines circonstances propres à une adjudication conduisent-elles à la non-application de la loi ?

I. Application des dispositions sur les MP

Qui ?



I. Application des dispositions sur les MP

Quoi?

Fournitures



Construction



Services



I. Application des dispositions sur les MP

Combien?

Selon l'AIMP 2001

Champ d'application	Fournitures (valeurs-seuils en CHF)	Services (valeurs-seuils en CHF)	Construction (valeurs-seuils en CHF)	
			<i>Second œuvre</i>	<i>Gros œuvre</i>
<i>Procédure de gré à gré</i>	Jusqu'à 150'000	jusqu'à 150'000	jusqu'à 150'000	jusqu'à 300'000
<i>Procédure sur invitation</i>	jusqu'à 250'000	jusqu'à 250'000	jusqu'à 250'000	jusqu'à 500'000
<i>Procédure ouverte / sélective</i>	dès 250'000	dès 250'000	dès 250'000	dès 500'000

- Gros œuvre: construction, génie civil, etc.
- Second œuvre: peinture, plâtrerie, ébénisterie, etc.

I. Application des dispositions sur les MP

Combien?

Selon l'Accord OMC

Adjudicateur	Valeurs-seuils en CHF (Valeurs-seuils en DTS)		
	<i>Marchés de construction (valeur totale)</i>	<i>Fournitures</i>	<i>Prestations de service</i>
<i>Cantons</i>	8'700'000 CHF (5'000'000 DTS)	350'000 CHF (200'000 DTS)	350'000 CHF (200'000 DTS)
<i>Autorités et entreprises publiques dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications</i>	8'700'000 CHF (5'000'000 DTS)	700'000 CHF (400'000 DTS)	700'000 CHF (400'000 DTS)

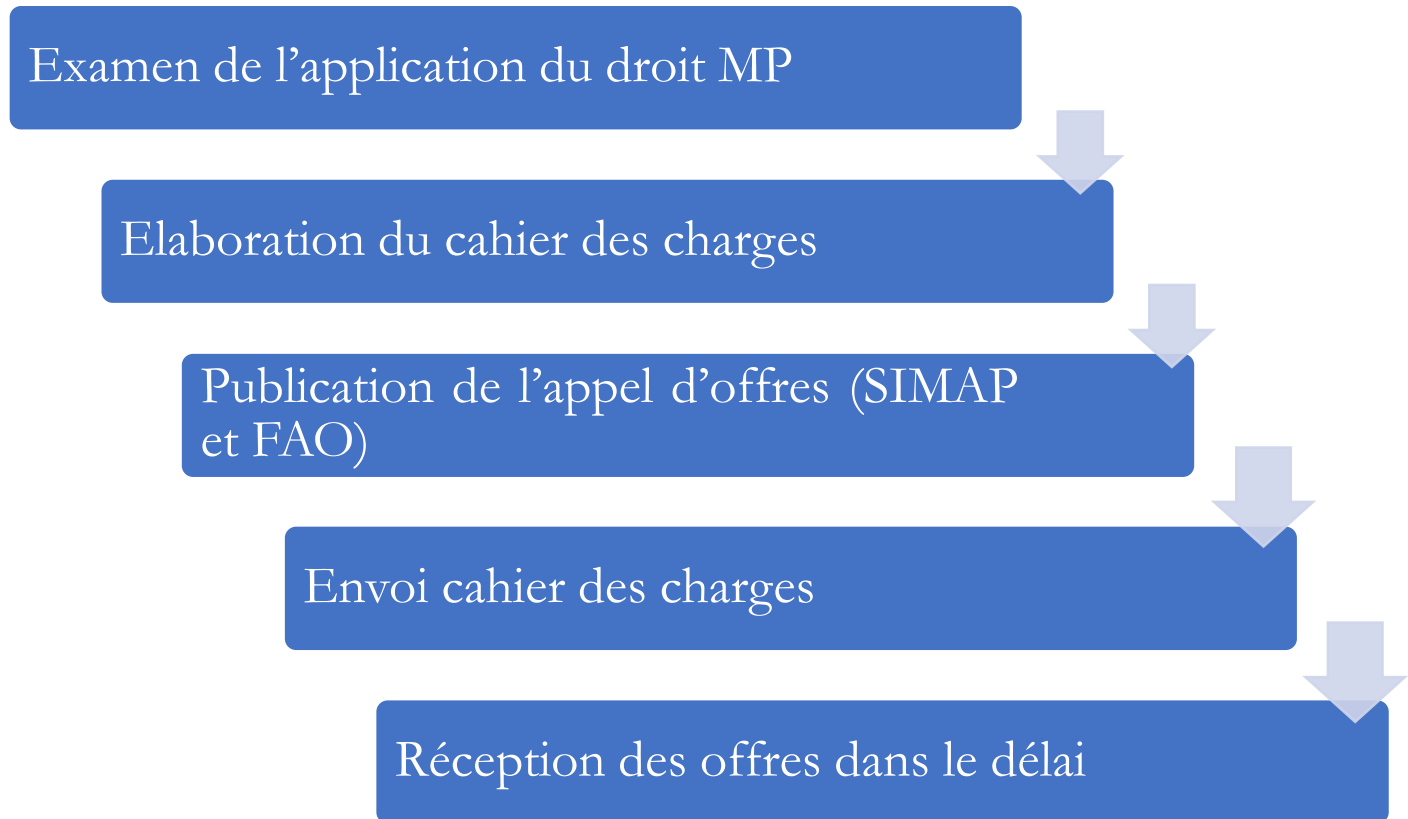
II. Procédure d'adjudication

A. Les différents types de procédures

	Types de procédures
Procédure ouverte	L'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu. Tout soumissionnaire peut présenter une offre.
Procédure de gré à gré	L'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres. Il peut demander des offres à des fins de comparaison et procéder à des négociations.
Procédure sur invitation	L'adjudicateur invite des soumissionnaires à présenter une offre dans un délai donné, sans publication. L'adjudicateur doit demander au moins trois offres. Un soumissionnaire au moins doit être extérieur à la commune du lieu d'exécution.
Procédure sélective	L'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu. Chaque candidat peut présenter une demande de participation. L'adjudicateur détermine, en fonction de critères d'aptitude, les candidats qui peuvent présenter une offre.

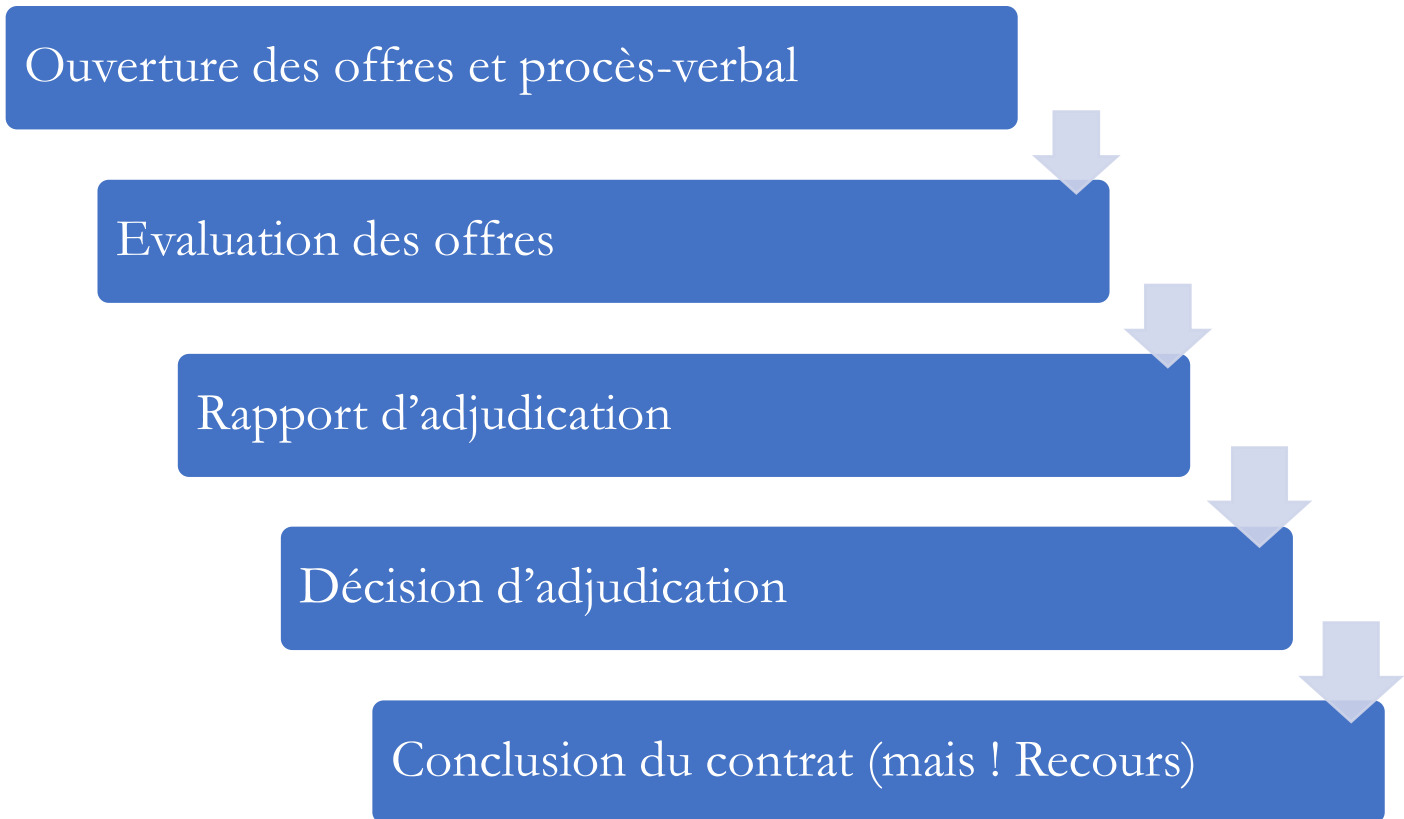
II. Procédure d'adjudication

B. Les étapes de la procédure (1)



II. Procédure d'adjudication

B. Les étapes de la procédure (2)



II. Procédure d'adjudication

C. Les critères d'adjudication

- Principe de la transparence
- Critères d'évaluation annoncés dans l'appel d'offres, avec sous-critères
- Choix dans la notation des critères et pondération
- Offre incomplète?
- Grille d'évaluation et PV d'ouverture des offres

TABLEAU MULTICRITERES - METHODE DE NOTATION T3 "AU CUBE"

Objet, Projet		Marché (CFC)	141,5
Adjudicateur		Budget CFC	
Type de marché	publics		
Type de procédure	ouverte	Prix référence	2 358 173.55
Date de l'évaluation	25.09.20	(montant de l'offre la plus basse)	

Entreprise						
Adresse						
NPA Localité						
Montant net d'ouverture	4 048 311.80	5 629 694.35	3 034 560.00	2 836 410.35	3 187 023.45	2 358 173.55
Montant net corrigé	4 048 311.80	5 629 694.35	3 268 221.10	3 184 937.40	3 187 023.45	2 358 173.55

CRITERES D'ADJUDICATIONS	Pondération en %	Pts Max.	Pts Attribués	Total	Pts Attribués	Total	Pts Attribués	Total	Pts Attribués	Total	Pts Attribués	Total	Pts Attribués	Total
1. Prix														
1 Méthode Guide Romand	60	300	0.99	59	0.37	22	1.88	113	2.03	122	2.03	122	5.00	300
2. Qualité														
2.1 Q8 Références en rapport avec l'objet	12	60	4.00	48	5.00	60	2.00	24	4.00	48	4.00	48	4.00	48
2.2 R9 Qualification des personnes clé	7	35	5.00	35	5.00	35	4.00	28	5.00	35	5.00	35	5.00	35
2.3 R8 Répartition des tâches et des responsabilités	4	20	5.00	20	4.00	16	4.00	16	5.00	20	5.00	20	5.00	20
2.4 R6 Planification des moyens	4	20	4.00	16	5.00	20	4.00	16	4.00	16	5.00	20	5.00	20
2.5 R7 Méthode de travail	5	25	4.00	20	5.00	25	5.00	25	4.00	20	5.00	25	4.00	20
2.6 R10 Contraintes environnementales	2	10	4.00	8	5.00	10	4.00	8	4.00	8	4.00	8	5.00	10
3. Formation d'apprentis														
3.1 Engagement en faveur de la formation d'apprentis	3	15	1.00	3	5.00	15	5.00	15	2.75	8	1.75	5	2.00	6
4. Qualité technique de l'offre														
4.1 Annonce de sous-traitant	3	15	4.00	12	5.00	15	2.00	6	5.00	15	5.00	15	5.00	15
Total de l'évaluation	100	500		221		218		251		292		298		474

III. Procédure de recours

Contre quelles décisions peut-on recourir? (Art. 10 LMP-VD)

- a. l'appel d'offres ;
- b. la décision concernant le choix des participants à la procédure sélective ;
- c. l'exclusion de la procédure ;
- d. l'adjudication ou l'interruption d'une procédure d'adjudication ;
- e. la révocation ;
- f. les sanctions ;
- g. le refus ou la radiation de l'inscription sur une liste permanente de soumissionnaires qualifiés.

III. Procédure de recours

	LMP-VD	LMP 2019	AIMP 2019
Délai de recours	10 jours (art. 10)	20 jours (art. 56)	20 jours (art. 56)
Inobservation du délai	Irrecevabilité	Irrecevabilité	Irrecevabilité
Féries	Pas de féries (art. 10 al. 1 LMP-VD)	Pas de féries (Art. 56 al. 2)	Pas de féries (Art. 56 al. 2)
Procédure	PA-VD	PA	PA cantonales
Autorité	CDAP (art. 10 al. 3, art. 92 PA, art. 27 ROTC)	TAF (Art. 52)	Tribunal administratif cantonal comme instance unique (art. 52)
Motifs de recours	- Violation du droit, y compris l'excès ou abus du pouvoir d'appréciation - Constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents		

III. Procédure de recours

Le **recours n'a pas d'effet suspensif** (art. 12 LMP-VD, art. 54 al. 1 n-LMP).

Sur demande, l'autorité peut accorder l'effet suspensif au recours, d'office ou sur demande, à condition que :

- Le recours paraisse suffisamment fondé
- Pas d'intérêt public/privé prépondérant

III. Procédure de recours

La conclusion du contrat:

- LMP/AIMP (art. 42):

¹ Dans le cas des marchés non soumis aux accords internationaux, un contrat peut être conclu avec le soumissionnaire retenu après l'adjudication.

² Dans le cas des marchés soumis aux accords internationaux, un / Le contrat peut être conclu avec le soumissionnaire retenu après l'écoulement du délai de recours contre l'adjudication, à moins que le Tribunal administratif fédéral / Tribunal administratif cantonal n'ait accordé l'effet suspensif à un recours formé contre l'adjudication.

- LMP-VD (art. 9):

¹ Le contrat ne peut être conclu avec l'adjudicataire qu'après l'écoulement du délai de recours et, en cas de recours, que si l'autorité juridictionnelle cantonale n'a pas accordé au recours un effet suspensif.

² Si une procédure de recours est en cours sans que l'effet suspensif ait été prononcé, l'adjudicateur informe immédiatement l'autorité juridictionnelle de la conclusion du contrat.

IV. Nouveau droit des MP

a) Niveau fédéral:

Entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2021:

- Loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (RS 172.056.1)
- Ordonnance du 12 février 2020 sur les marchés publics (RS 172.056.11)

b) Niveau intercantonal:

- Accord intercantonal sur les marchés publics 2019 (AIMP, en cours d'adoption)

c) Niveau cantonal:

- Consultation jusqu'au 28 février 2021 sur la révision de la LMP-VD et RLMP-VD

IV. Nouveau droit des MP

Vue d'ensemble des adhésions à l'AIMP 2019 (état au 8.2.2021)



L'AIMP 2019 entre en vigueur dès que deux cantons y ont adhéré. L'accord du 15 mars 2001 reste applicable aux cantons qui n'ont pas adhéré au l'AIMP 2019.

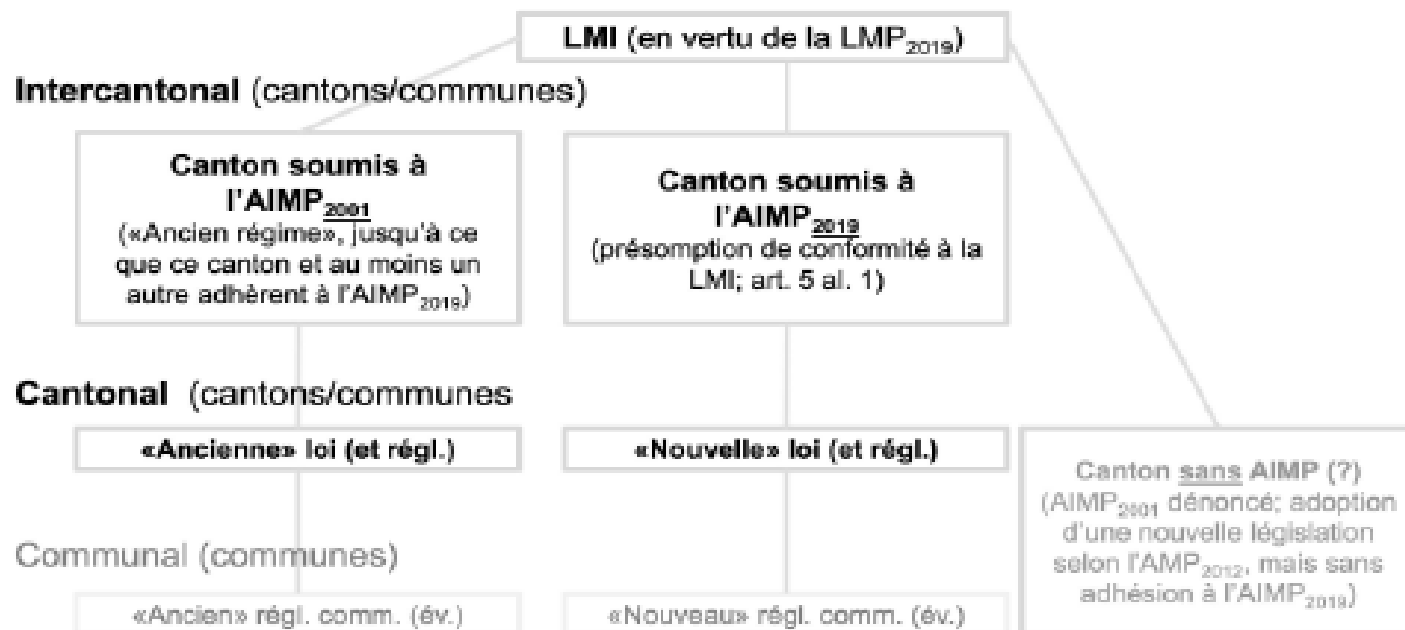
Adhésion à l'AIMP 2019 est effectuée

Procédure d'adhésion cantonale lancée

© OFS, ThemaKart - Neuchâtel 2012

IV. Nouveau droit des MP

* AIMP (dès 2020 au plus tôt)



IV. Nouveau droit des MP

A. Historique

L'Accord de l'OMC du 15 avril 1994 (AMP 1994) est entré en vigueur en Suisse au 1er janvier 1996.

Le nouvel AMP révisé, élaboré en 2012, est entré en vigueur le 6 avril 2014, avec comme objectifs:

- Amélioration des conditions-cadre de concurrence par l'augmentation de la transparence et de la lutte contre la corruption;
- Clarifications du texte de l'AMP initial;
- Etendue du champ d'application de l'AMP;
- Adaptation de l'AMP aux évolutions techniques (par ex. les enchères électroniques);
- Tenir compte des critères environnementaux dans l'évaluation des offres;
- Augmenter la protection juridique des soumissionnaires

IV. Nouveau droit des MP

B. Ce qui change ?

Deux changements fondamentaux:

- Le droit fédéral et le droit cantonal auront un contenu quasi identique
- L'AIMP 2019 est réduit à un catalogue de principes législatifs, mais aura le même contenu que la LMP 2019, ne laissant que très peu de place aux cantons pour traiter de certains éléments dans leur législation

IV. Nouveau droit des MP

C. Changements principaux:

1. Critère de la qualité

Art. 41 LMP 2019: **l'offre la plus «avantageuse»** et non plus «l'offre la plus avantageuse économiquement»

→ Ne plus prendre en compte que le caractère économiquement profitable, mais d'autres critères comme la qualité

→ Question de l'innovation

IV. Nouveau droit des MP

C. Changements principaux:

2. L'assujettissement des délégations de tâches publiques et concessions

Art. 9 LMP 2019:

Les délégations de tâches publiques et les concessions sont désormais assujetties aux marchés publics.

NB: sauf les concessions qui n'ont aucun rapport avec l'accomplissement d'une tâche publique.

IV. Nouveau droit des MP

C. Changements principaux:

3. Les exceptions:

Art. 10 LMP 2019 : les exceptions, notamment:

- Le privilège immobilier (art. 10 al. 1 let. b) (cf. débat au sujet de CFF Immobilier)
- Les marchés passés avec des institutions pour handicapés, des organismes d'insertion socioprofessionnelle, des œuvres de bienfaisance ou établissements pénitentiaires (art. 10 al. 1 let. e)
- Les marchés *in house*, *quasi in house* et *in state* (art. 10 al. 3, let. c, d et b)
- Les institutions de prévoyance de droit public de la Confédération (art. 10 al. 1 let. i LMP) et des cantons et communes (art. 10 al. 1 let. g AIMP)

IV. Nouveau droit des MP

C. Changements principaux:

4. Deux nouvelles procédures :

a) Art. 24 LMP 2019 : **le dialogue compétitif**

*1 Lors d'une procédure d'adjudication ouverte ou sélective portant sur un marché complexe, sur des prestations intellectuelles ou sur des prestations innovantes, l'adjudicateur peut engager avec les soumissionnaires un **dialogue** visant à concrétiser l'objet du marché ainsi qu'à développer et à fixer les solutions ou les procédés applicables. L'intention de mener un dialogue doit être mentionnée dans l'appel d'offres.*

2 Le dialogue ne peut être mené dans le but de négocier les prix et les prix totaux.

b) Art. 25 LMP 2019: **le contrat-cadre**

L'adjudicateur peut lancer un appel d'offres portant sur des contrats qui seront conclus avec un ou plusieurs soumissionnaires et qui ont pour objet de fixer les conditions auxquelles les prestations requises seront acquises au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne le prix et, le cas échéant, les quantités envisagées. Pendant la durée d'un tel contrat-cadre, l'adjudicateur peut conclure des contrats subséquents fondés sur ce dernier.

IV. Nouveau droit des MP

C. Changements principaux:

5. Utilisation de nouvelles technologies:

Art. 23 LMP 2019 prévoit la possibilité de recourir aux enchères électroniques pour des prestations standardisées.

→ Marchés de la construction ou travaux peu «standardisables»

IV. Nouveau droit des MP

C. Changements principaux:

6. Langue :

Art. 48 LMP et art. 20 à 23 OMP

- marchés de construction : au moins dans la langue officielle du lieu où est prévue la construction
- marchés de fournitures et de services: au moins dans deux langues officielles
- toutes les langues officielles seront admises pour les communications des soumissionnaires. Des exceptions sont toutefois possibles selon l'ordonnance.

IV. Nouveau droit des MP

C. Changements principaux:

7. Le respect des dispositions de protection :

Art. 12 **LMP**/**AIMP** 2019:

*Les marchés publics portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur **au lieu de la prestation** / **en Suisse**, les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN) ainsi que les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes.*

- **LMP**: principe du lieu d'exécution
- **AIMP**: principe du lieu de provenance (art. 3 al. 1 et 2 LMI)

IV. Nouveau droit des MP

C. Changements principaux:

8. Les nouveaux critères:

-Art. 12 al. 3 LMP : érige la protection de l'environnement et la préservation des ressources naturelles en principe général des MP

-Art. 29 LMP: critères de durabilité

- Critères de durabilité sociale: travailleurs âgés, places de formation, réinsertion de chômeurs, etc.
- Cf. Groupe vaudois pour des marchés publics éthiques et Charte

→ Question de l'innovation

→ La culture d'adjudication doit maintenant changer

Merci pour votre attention!

En cas de questions:

ebolomey@wg-avocats.ch

WilhelmGilliéron
AVOCATS