



DCIRH, Centre de compétences sur les marchés publics (CCMP-VD)

# **Droit des marchés publics: quelques rappels et questions choisies**

## **Séance d'information UCV**

Guerric Riedi, av., responsable du CCMP-VD et  
de l'Unité juridique du SG-DCIRH

25 septembre 2024

# PROGRAMME

- 1. Introduction**
- 2. Cadre légal**
- 3. Quelques piqûres de rappel**
- 4. Les procédures applicables aux « petits » marchés**
- 5. Quelques problèmes rencontrés en pratique**
- 6. Sources d'information**
- 7. Questions / Discussion**

# 1. INTRODUCTION

## Le droit des marchés publics ?

***Règles de droit public (droit impératif) qui régissent les acquisitions de l'Etat (commandes publiques)... dès le 1<sup>er</sup> franc versé !***

*Lorsque la collectivité publique intervient sur le marché libre en tant que « demandeur », pour acquérir auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques (Tribunal fédéral, ATF 125 I 209)*

*Un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique... (cf. art. 8 AIMP, définition légale)*

concurrence  
efficace et  
équitable

impartialité

confidentialité  
(secrets d'affaires et  
de fabrication)

égalité de  
traitement

**OBJECTIFS ET  
PRINCIPES**  
(art. 2 + 11 AIMP)

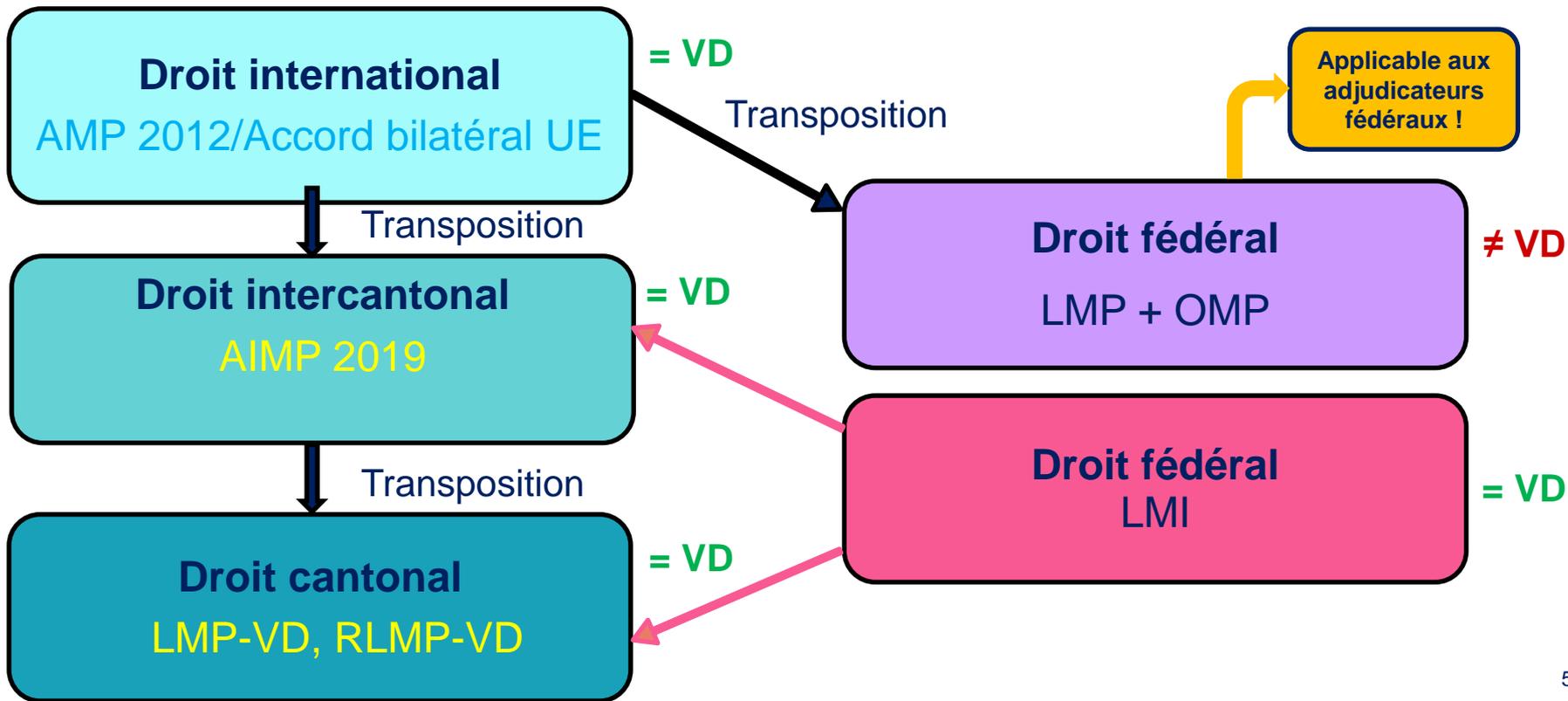
Protection  
juridique

transparence

interdiction des  
discriminations

utilisation  
économique des  
deniers publics  
qui ait des effets  
économiques,  
écologiques et  
sociaux durables

## 2. CADRE LÉGAL





**AMP 2012/Accord bilatéral**

**LMI**

**AIMP 2019**

**nLMP-VD**

**nRLMP-VD**

Quelle base légale  
consulter et dans  
quel ordre ?

1. AIMP 2019
2. nLMP-VD
3. nRLMP-VD

# POUR EN SAVOIR PLUS

- **Site internet de l'Etat de Vaud**
  - [Bases légales](#)
  - [Message type AIMP](#)
  - [EMPL](#)
  - [Commentaire article par article RLMP](#)
  
- **Vidéo**
  - [Révision du droit des marchés publics – principales nouveautés pour les praticiens](#) – chap. 2 nouveau cadre légal
  
- **Articles Canton-Communes (chronique des MP)**
  - [Entrée en vigueur du droit révisé et droit transitoire](#) (déc. 2022)
  - [Le nouveau droit est sous toit](#) (sept. 2022)

## 3. QUELQUES PIQÛRES DE RAPPEL

### Les 3 types de marchés (art. 8, al. 2 AIMP)

- **Travaux de construction**

- Gros œuvre et second œuvre (CFC)
- Ex. : terrassement, menuiserie, installations sanitaires...

- **Services**

- Ex. : mandat d'architecte, de surveillance, de nettoyage...

- **Fournitures**

- Ex. : achat ou location de machines, de véhicules, de licences informatiques... (biens mobiliers uniquement !)

## 3. QUELQUES PIQÛRES DE RAPPEL

### Les 3 types de marchés (art. 8, al. 2 AIMP)

- **Marchés « mixtes »** (art. 8, al. 3 AIMP)
  - Qualification du marché en fonction de l'élément prépondérant en termes de valeur !
  - Ex. : Acquisition d'une machine avec prestations de maintenance (prestations de fourniture et de services)
    - ➔ si fournitures > valeur fournitures = marché de fournitures

## Les 4 types de procédure

- **Gré à gré** (art. 21 AIMP)
  - Ordinaire, comparatif, exceptionnel
- **Sur invitation** (art. 20 AIMP et 3 LMP-VD)
- **Ouverte** (art. 18 AIMP)
- **Sélective** (art. 19 AIMP)

## La définition du marché

- Grande liberté de l'adjudicateur dans la configuration de son marché
  - Regrouper des prestations au sein d'un même marché (prestataire unique) ou organiser plusieurs marchés indépendants
  - Organiser une procédure comprenant différents lots (lot 1 = tables ; lot 2 = chaises ; lot 3 = luminaires) et s'adressant à des prestataires potentiellement différents
- Interdiction du saucissonner le marché dans le but de contourner la législation (art. 15, al. 2 AIMP)
  - Il y a lieu d'apprécier dans chaque cas concret si des prestations ont entre elles un lien de connexité tel qu'elles constituent en réalité un même marché
- La définition du marché conditionne la valeur de ce dernier !

## La définition du marché

- *Des prestations **sont en étroite relation** par exemple lorsqu'elles ne peuvent être raisonnablement acquises indépendamment l'une de l'autre, en particulier parce qu'elles remplissent le même but, qu'elles doivent être accomplies par la même personne ou qu'une répartition des responsabilités n'est pas souhaitable (cf. commentaire art. 15 AIMP in Message type AIMP, p. 51)*
-  *Des prestations de fournitures de rouleaux d'essuie-mains, de porte-rouleaux d'essuie-mains, de distributeurs de savon, de cartouches de savon et de récipients d'hygiène féminine pour les toilettes publiques ne nécessitent pas nécessairement un appel d'offres commun (TC Bâle-Ville VD.2015.14 du 15.7.2015)*

Arrêt critiqué: un appel d'offres avec des lots dédiés serait préférable !

## La définition du marché

- *Il n'est pas nécessaire que l'adjudicateur viole intentionnellement le droit des marchés publics pour que le fractionnement d'un marché soit illicite ; il suffit que ledit fractionnement ait pour effet d'échapper aux valeurs seuils (cf. commentaire AIMP, op. cit., p. 50 et art. 15, al. 4 AIMP)*
- *Le fractionnement illicite peut être réalisé par l'échelonnement dans le temps de marchés similaires successifs ou par la passation simultanée de marchés ayant le même objet (THOMAS M. FISCHER, in : HANS RUDOLF TRÜEB (édit.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, p. 251)*

## La durée du marché (art. 15 AIMP)

- La durée maximale d'un marché est en principe de 5 ans
  - *Des contrats d'une durée supérieure à cinq ans sont acceptables en particulier lorsque une plus longue durée et ainsi une restriction modérée de l'accès au marché se justifient par des considérations économiques, telles que la nécessité de protéger les investissements ou la prise en compte du cycle de vie des produits. De tels contrats s'imposent par exemple pour la maintenance et l'exploitation de systèmes informatiques, qui, pour des raisons de rentabilité, sont souvent amortis sur une longue période (Message type AIMP, p. 51)*

## La durée du marché (art. 15 AIMP)

- Pas de durée légale minimale mais attention au saucissonnage prohibé
  - Configurer un marché sur une année (ou une durée plus courte) pour rester dans les seuils du gré à gré ne permet pas de reconduire ce marché avec le même soumissionnaire pour une nouvelle année si la valeur cumulée des marchés ne respecte pas les seuils du gré à gré
  - *Un adjudicateur enfreint l'obligation d'appel d'offres s'il achète de gré à gré, pendant plus de 5 ans, des rouleaux d'essuie-mains d'une valeur d'environ 80'000 francs par an auprès du même fournisseur, en concluant des contrats individuels ou annuels (TC Bâle-Ville VD.2015.14 du 15.7.2015)*

## Valeur du marché et valeurs seuils (art. 15 AIMP)

- La valeur du marché correspond à l'ensemble des rémunérations que va obtenir le soumissionnaire retenu tout au long de la durée du marché
  - **Ex.** : services de nettoyage pour une durée de trois ans (valeur du marché = montant forfaitaire par mois HT multiplié par 36 [nb de mois])
- Les « tranches conditionnelles » et « options de prolongation » sont prises en considération
  - **Ex.** : services de transports scolaires pour trois ans avec reconduction possible pour une année supplémentaire (valeur du marché = rémunération sur 4 ans)

## Valeur du marché et valeurs seuils (art. 15 AIMP)

- L'estimation de la valeur du marché doit être **sérieuse et prudente**
- L'estimation s'effectue **sans TVA** (hors taxe) pour être rapportée aux valeurs seuils (annexes 1 et 2 AIMP) qui sont exprimées hors taxe

## Les valeurs seuils (annexes 1 et 2 AIMP)

- **Marchés non soumis aux accords internationaux**
- **Marchés soumis aux accords internationaux**

## Valeurs seuils (hors taxes) et procédures applicables aux marchés non soumis aux accords internationaux *(annexe 2 AIMP)*

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

## Les valeurs seuils internationales (hors taxes) ([annexe 1 AIMP](#))

Extrait simplifié de l'annexe 1 AIMP

	Fournitures	Services*	Constructions (valeur <b>totale</b> de l'ouvrage)
Cantons/Communes	dès 350'000	dès 350'000	dès 8'700'000

\* *Marchés de services soumis selon [annexe 5 AMP 2012](#) (= accord international)*



Les valeurs seuils internationales sont sujettes à adaptation tous les deux ans (art. 16, al. 1 AIMP) > [communication de l'AiMp](#) !

## Pour en savoir plus:

- Pages « Marchés publics » du site internet de l'Etat de Vaud → rubrique [valeurs seuils](#)

## 4. LES PROCÉDURES APPLICABLES AUX « PETITS » MARCHÉS

- La procédure de gré à gré « ordinaire »
- La procédure de gré à gré « comparatif »
- La procédure sur invitation
- La procédure de gré à gré « exceptionnel »

# La procédure de gré à gré « ordinaire »

## Art. 21, al. 1 AIMP

*<sup>1</sup> Dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur adjuge un marché public directement à un soumissionnaire, sans lancer d'appel d'offres. Il peut demander des offres à des fins de comparaison et procéder à des négociations.*

# Caractéristiques

- Attribution directe au partenaire de discussion librement choisi
- Absence de règles formelles, mais l'adjudicateur doit s'assurer du respect des conditions de participation (art. 12 et 26 AIMP)
  - Réclamer auto-déclaration concernant le respect des conditions de travail applicables (CCT), l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, le paiement des impôts et cotisations sociales exigibles ➡ annexe P1 [Guide romand](#)
  - Consulter [liste](#) SECO travail au noir (employeurs exclus des marchés publics en Suisse pour violation grave ou multiple des obligations d'annonce et d'autorisation prévues dans la loi fédérale sur le travail au noir) + [liste](#) SECO travailleurs détachés (entreprises étrangères interdites d'offrir leurs services en Suisse)
  - **Pour en savoir plus:** rubrique [Travail au noir](#) site MP VD

## Caractéristiques (suite)

- Pas d'obligation de publication
- Négociations autorisées
- Pas de voie de recours (art. 4, al. 1, let. d LMP-VD *a contrario*)

# La procédure de gré à gré « comparatif »

## Art. 21, al. 1 AIMP

*<sup>1</sup> Dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur adjuge un marché public directement à un soumissionnaire, sans lancer d'appel d'offres. Il peut demander des offres à des fins de comparaison et procéder à des négociations.*

# Caractéristiques

- Modalité du gré à gré avec mise en concurrence des prestataires librement choisis
- Caractéristiques du gré à gré ordinaire applicables (pas d'obligation de publication, négociations autorisées, absence de règles formelles mais respect des conditions de participation)
- Pas de voie de recours si intervient dans les seuils de la procédure de gré à gré (*art. 4, al. 1, let. d LMP-VD a contrario*)
- Attention au mélange des genres !
  - Ne pas procéder à des actes formels (PV d'ouverture, tableau final d'évaluation), ni évaluer les offres sur la base de plusieurs critères → risque de basculer dans une procédure sur invitation par actes concluants



↳ **Risque de recours contre l'adjudication !**

## Caractéristiques (suite)

- Destinée à des prestations pour lesquelles **le prix est déterminant (seul critère) ou est clairement prépondérant !**

**Ex. :** acquisition de deux appareils multifonctions de la marque X, modèle Y auprès de deux fournisseurs

- Soumissionnaire A présente un prix de 85'000 francs
- Soumissionnaire B présente un prix de 87'000 francs, mais offre une garantie supplémentaire

Adjudication à A voire à B possible (le prix reste clairement prépondérant)

**En revanche**, si soumissionnaire B avait présenté un prix de 105'000 francs avec sa garantie, l'adjudication devait revenir à A (le prix ne serait plus clairement prépondérant en cas d'adjudication à B)

# Recommandations

- Annoncer le gré à gré comparatif aux participants au début de la procédure (transparence)
- Nombre d'offres demandé en adéquation avec la valeur du marché
- L'adjudicateur agit de bonne foi et respecte le principe de confidentialité des offres



**Recommandations du CCMP-VD du 1<sup>er</sup> février 2023 concernant le gré à gré comparatif**

## Points d'attention

- Devrait être limitée à des prestations bien définies (spécifications techniques)
- Fixer des exigences qualitatives minimales
- Fixer des délais d'exécution
- Ne devrait pas systématiquement être appliquée lorsqu'une procédure de gré à gré ordinaire est envisageable
- Annoncer la fin de la procédure aux soumissionnaires non retenus sans formaliser l'adjudication du marché

# La procédure sur invitation

## Art. 20 AIMP

*<sup>2</sup> Dans la procédure sur invitation, l'adjudicateur invite les soumissionnaires de son choix à présenter une offre, sans lancer d'appel d'offres public. A cette fin, il établit des documents d'appel d'offres. Il demande si possible au moins trois offres.*

## Art. 3 LMP-VD

*<sup>1</sup> Les règles régissant la procédure ouverte sont applicables par analogie à la procédure sur invitation à l'exception de règles en matière de publication.*

# Caractéristiques

- Procédure formelle !
- Pas de publication mais lettre invitant à participer au marché
- Libre choix des trois soumissionnaires (minimum) à inviter
- Respect des conditions de participation (auto-déclaration, listes SECO)
- Délai légal minimum pour le dépôt des offres (nouveau) :
  - Principe: « *en général au moins 20 jours* » (art. 46, al. 4 AIMP)
  - Exceptions : 5 jours (prestations largement standardisées – art. 46, al. 4 AIMP) / 10 jours (urgence – art. 21 RLMP-VD)

## Caractéristiques (suite)

- Egalité de traitement entre soumissionnaires invités (invités en même temps, mêmes informations, mêmes délais, etc.)
- Exigences formelles à respecter (transparence)
  - Annoncer les critères d'adjudication (+ sous-critères) et leur pondération respective ; **les critères du prix et de la qualité sont obligatoires !** (art. 29, al. 1 AIMP)
  - Annoncer la méthode de notation du critère du prix (art. 4 RLMP-VD)
  - Pour les prestations standardisées (papier, carburant, etc.), seul le critère du prix peut être utilisé (art. 29, al. 4 AIMP)
- Négociations **non autorisées !** ⚠
- Exemple de cahier des charges (annexe K3 [Guide romand](#))

## Caractéristiques (suite)

- Autres points à régler (liste non exhaustive)
  - Sous-traitance (art. 5 LMP-VD – interdiction sous sous-traitance)
  - Communautés de soumissionnaires
  - Délai de validité des offres
  - Composition du comité d'évaluation
  - Délai et exigences de forme pour le retour des offres
    - ↳  Forme écrite (pas par e-mail !)  
cf. art. 34, al.1 AIMP
- Décisions sujettes à recours (délai = 20 jours). Ex. : adjudication, exclusion de la procédure, etc.

## Points d'attention

- Ne pas toujours inviter les mêmes prestataires (prévenir la formation d'ententes entre soumissionnaires)
- Pas nécessaire d'utiliser autant de critères d'évaluation qu'en procédure ouverte
- Ne pas inviter des soumissionnaires dont on sait qu'ils ne pourront pas répondre (bonne foi)
- Interdiction de négocier même si une seule offre est déposée
- L'adjudicateur ayant invité trois soumissionnaires, mais ne recevant qu'une seule offre valable, peut adjuger le marché à cette dernière

 Arrêt TC VD MPU.2010.0007 du 28 juin 2010 - Musée Jenisch de Vevey

# Avantages des procédures de gré à gré et sur invitation

- En choisissant les soumissionnaires invités, l'adjudicateur peut :
  - Privilégier le tissu économique local
  - Privilégier le recours à des prestataires proposant des produits locaux
  - Privilégier le recours à des entreprises formatrices
  - Privilégier des entreprises de travaux disposant du système de badge sur les chantiers (l'adjudicateur peut aussi imposer ce système! Cf. clause type sous rubrique [Modèles](#) site internet VD)
    - ➔ [Liste](#) des entités disposant du système SIAC/carte prof. (site internet Commissions professionnelles paritaires de l'industrie vaudoise de la construction)

# La procédure de gré à gré au sens de l'art. 21, al. 2 AIMP (gré à gré exceptionnel)

*<sup>2</sup> L'adjudicateur peut adjuger un marché de gré à gré sans considération des valeurs seuils lorsque l'une des conditions suivantes est remplie :*

- a. Aucune offre [...] n'est présentée dans le cadre de la **procédure** [...] **sur invitation**, aucune offre ne satisfait aux exigences essentielles de l'appel d'offres ou ne respecte les spécifications techniques ou aucun soumissionnaire ne répond aux critères d'aptitude;*
- b. Des indices suffisants laissent penser que toutes les offres présentées dans le cadre de la **procédure** [...] **sur invitation** résultent d'un accord illicite ; [...]*
- d. En raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle que, même en réduisant les délais, [...] une **procédure sur invitation** ne peut être menée à bien; [...]*

## La procédure de gré à gré au sens de l'art. 21, al. 2 AIMP (gré à gré exceptionnel)

- Liste exhaustive des motifs de gré à gré – interprétation restrictive !
- Obligation d'établir une documentation conforme aux exigences de l'art. 21, al. 3 AIMP !
- Obligation de **notifier l'adjudication par voie de publication** (art. 23, al. 4 et 24 RLMP-VD) en ouvrant une **voie de recours** (20 jours) pour contester la procédure et le(s) motif(s) invoqué(s) (art. 4, al. 1, let. d LMP-VD et 56, al. 1 AIMP)
- La motivation sommaire de l'adjudication doit comprendre les motifs du recours à la procédure de gré à gré (art. 51, al. 3, let. d AIMP)

➔ **A appliquer avec prudence !**

# 5. QUELQUES PROBLÈMES RENCONTRÉS EN PRATIQUE

## 1. Sous-estimation fautive de la valeur du marché (arrêt TC VD MPU.2016.0016 du 12.12.2016)

- Travaux pour la réfection d'une auberge communale
- Estimation de la valeur du mandat d'architecte
  - 4'067'963 francs (HT) : montant des travaux déterminant
  - x 12% : taux courant constaté lors de récentes mises en concurrence pour mandat d'architecte pour même genre de travaux
  - x 49,5 % : taux des prestations pour les phases 4.51 à 4.53 SIA
  - = 241'637 francs HT
- Mais montant devisé pour prestations d'architectes dans le plan financier s'élève à 324'700 francs HT

- Adjudicateur lance une procédure sur invitation et reçoit deux offres (le troisième renonce à déposer): **270'000** et **400'000** fr. HT
- Recours contre l'adjudication
  - Remise en question de la procédure sur invitation appliquée au vu de la valeur du marché
- Le Tribunal entre en matière sur le grief et retient que:
  - La valeur de 241'637 francs HT était inférieure au seuil de 250'000 francs applicable à la procédure sur invitation, mais d'à peine plus de 8000 francs
  - L'adjudicateur aurait dû faire preuve de plus de prudence et procéder à un calcul plus détaillé
    - ➔ L'application d'une procédure ouverte s'imposait !
  - Le tribunal annule l'adjudication et renvoi le dossier à l'adjudicateur pour organisation d'une nouvelle procédure ouverte

## Enseignements à tirer de l'arrêt:

- Toujours opter pour la procédure supérieure en cas d'estimation proche de la valeur plafond supérieure
- Ne pas s'attendre à ce que les soumissionnaires invités « jouent le jeu » en déposant des offres respectant le degré d'ouverture de la procédure

## 2. Saucissonnage de services d'architecture

- Un adjudicateur commande des études préliminaires (phase SIA 21) au bureau A situé dans la commune concernant le projet B
- Satisfait du travail effectué, l'adjudicateur lui confie les prestations d'avant-projet (phase SIA 31)
- Finalement, au vu de l'historique du projet, l'adjudicateur souhaiterait poursuivre sa collaboration avec ledit architecte en lui confiant les phases d'appel d'offres (SIA 41) et d'exécution de l'ouvrage (SIA 51 à 53)
- Problème: la valeur cumulée des prestations d'architectes effectuées en lien avec le projet B dépasse largement la valeur de 150'000 francs HT

## Solution envisageable

- Attribuer un premier mandat de gré à gré pour les études préliminaires (phase SIA 21), voire également pour la phase d'avant-projet (phase SIA 31) si la valeur cumulée des prestations le permet
  - avertir l'architecte qu'une procédure sur invitation ou ouverte sera organisée pour la suite des prestations
- La participation de l'architecte à la (aux) future(s) procédure(s) pour les phases SIA 41 et 51 à 53 est-elle envisageable ? L'égalité de traitement entre soumissionnaires serait-elle assurée (cf. art. 14 AIMP « Préimplication ») ?
  - Si l'architecte a effectué la phase d'avant-projet (phase SIA 31), plus délicat
  - L'adjudicateur pourra, suivant les circonstances, décider de ne pas l'inviter ou d'interdire sa participation à la (aux) procédure(s) ultérieure (s) – **aspects à clarifier dans le premier mandat**

### 3. Suppression de l'interdiction de soumissionner pour les membres des autorités

- Le·la Syndic·Syndique, le·la Conseiller·ère municipal·e peut soumissionner dans les marchés de sa commune depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2023
- **MAIS** système de récusation prévu par l'art. 13 AIMP !
  - ➔ Récusation obligatoire du membre du comité d'évaluation en cas :
    - d'intérêt personnel dans le marché
    - de lien de parenté avec un soumissionnaire
    - ...

## 6. SOURCES D'INFORMATION

- Site internet de l'Etat de Vaud
  - Modèles et recommandations, barèmes de pondération
  - Actualités, inscription newsletter
- Guide romand pour les marchés publics
- Guide TRIAS
- Plateforme SIMAP (organe officiel de publication des MP)
- Plateforme de connaissances sur les achats publics responsables (PAP)
  - Toolbox achats responsables

## ■ Périodique Canton-Communes chronique marchés publics



### **Thèmes choisis sur les marchés publics**

n°73 - septembre 2024

[La révocation de la décision d'adjudication](#)

n°72 - juin 2024

[L'interruption de procédure pour cause d'offre dépassant nettement le budget](#)

n°71 - mars 2024

[SIMAP.CH : la nouvelle plateforme de publication des marchés publics en exploitation dès le 1er juillet 2024](#)  
!

n° 70 - décembre 2023

[Ouverture des marchés publics suisses à la concurrence internationale : quelques rappels à la faveur d'une double actualité](#)

n° 69 - septembre 2023

[Le contrat consécutif à l'adjudication du marché](#)

n° 68 - juin 2023

[Le contrôle des conditions de participation au marché](#)

n° 67 - mars 2023

[Marchés publics : les références](#)

- Cours de formation marchés publics
  - Centre d'éducation permanente (CEP), 4 sessions par an, 2 x 1 jour, [plaquette de cours et inscription](#)
- Questions juridiques liées à la législation vaudoise sur les marchés publics
  - Rubriques « Questions fréquentes » site internet MP Etat de Vaud
  - Questions ponctuelles d'ordre général peuvent être adressées par écrit au CCMP-VD: [info.ccmp@vd.ch](mailto:info.ccmp@vd.ch)

## 7. QUESTIONS / DISCUSSION



**Merci pour votre attention !**