

Par courrier électronique

Conseil d'Etat du Canton de Vaud
Château Cantonal
1014 Lausanne

Conseils et assistances techniques

Affaire traitée par : Charlie Geslin

T +41 21 632 11 10

D +41 21 632 15 61

F +41 21 632 12 39

C juridique@fve.ch

Notre réf : DEY/CGN

Votre réf :

Tolochenaz, le 19 mars 2021

Adhésion à l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) et projets lois et de règlements cantonaux sur les marchés publics

Mesdames et Messieurs les Conseillers d'Etat,

Fondée en 2019, l'association Constructionvaud a notamment pour but de défendre les intérêts des partenaires œuvrant dans le domaine de la construction notamment auprès de votre administration cantonale.

A titre liminaire, Constructionvaud salue la qualité et la rapidité du travail effectué par le Canton de Vaud dans le cadre des projets de législation et de réglementation sur les marchés publics et estime nécessaire l'adhésion du canton à l'accord intercantonal topique.

Cela étant, Constructionvaud relève que le Canton de Vaud est parmi les premiers cantons suisses et le seul romand en l'état à avoir initié le processus de ratification et de transposition dans son ordre juridique du concordat précité. Constructionvaud estime à cet égard que le canton ne doit pas confondre vitesse et précipitation et serait bien avisé de temporiser le processus afin d'examiner les projets de réglementation de ses homologues, notamment en vue d'une meilleure harmonisation. En effet, dans la pratique actuelle, beaucoup de soumissionnaires pâtissent des réglementations différentes et divergentes de certains cantons et plus particulièrement du protectionnisme dont certains font preuve au bénéfice des entreprises qui y ont leur siège social et au détriment des autres, tout en relevant que la pratique du Canton de Vaud est très ouverte aux soumissionnaires extra-cantonaux.

A titre liminaire, Constructionvaud se déterminera sur les avant-projets mis en consultation (ch. I) et présentera quelques réflexions et propositions dans le domaine des marchés publics, notamment à l'aune de l'AIMP et de sa législation et de sa réglementation d'exécution (ch. II).

I. Commentaire article par article

1. Avant-projet de loi sur les marchés publics

A titre liminaire, il est précisé que seules les dispositions appelant des remarques sont traitées ci-après.

Article 4 Voies de droit

Constructionvaud est dubitative quant à la « simplification » proposée pour les voies de droit. S'il faut saluer l'absence de droit de recours contre les décisions rendues en matière de gré à gré ordinaire et de gré à gré concurrentiel (nommé « comparatif » si l'on en croit l'exposé des motifs [EMPL relatif à l'avant-projet sur les marchés publics, rem. ad art. 4 P-AP LMP-VD, p. 16 ; ci-après : EMPL LMP-VD) et les exceptions évoquées dans le message (voir EMPL LMP-VD, p. 7) gagneraient sans doute à être précisées dans le règlement d'application.

L'art. 4 proposé doit indiquer l'autorité compétente en matière de recours et la procédure applicable. Il s'agit respectivement de la Cour de droit administratif et public et du recours de droit administratif. Pour des considérations d'ordre didactiques, l'article proposé devrait également indiquer la durée du délai de recours, même si elle figure *expressis verbis* en l'art. 56 al. 1 AIMP, de même que l'absence de suspension des délais pendant les fêtes judiciaires (voir sur ce point l'art. 56 al. 2 AIMP). Sur la problématique de l'absence de suspension, le Centre de compétences en matière de marchés publics pourrait sensibiliser les autorités adjudicatrices à ne pas rendre de décision juste avant les fêtes de fin d'années ou de Pâques ou les vacances d'été.

Article 5 Sous-traitants

Constructionvaud estime que l'introduction de limitations et d'un devoir d'information par rapport à la sous-traitance va dans le sens de la Motion Georges Zünd et consorts : « Travailler à livre ouvert pour plus de transparence et moins de surcoûts dans les marchés publics (19_MOT_120) ». En revanche, il est contre-productif d'introduire une interdiction de principe de la sous-traitance en cascade (appelée dans le projet et dans l'exposé des motifs « sous sous-traitance »), car cela est problématique à deux égards. A la forme tout d'abord, la terminologie de « sous sous-traitance » est restrictive et peut être sujette à interprétation dans le sens où elle se limiterait à un deuxième maillon dans la chaîne d'exécution des travaux, mais ne s'appliquerait pas aux intervenants subséquents, même si l'art. 5 al. 4, 2^{ème} phr. AP-LMP-VD semble limiter la sous-traitance en cascade par voie d'exception à ce deuxième niveau. Ensuite, sur le fond, limiter les exceptions à des considérations d'ordre technique ou organisationnel et dans le contexte des adjudicataires œuvrant en entreprises totales ou en entreprises générales, est trop restrictif. En pratique cela reviendrait à privilégier encore le recours à de telles entreprises, qui souvent détenues en des mains étrangères, sans véritable contrôle de la part des pouvoirs adjudicateurs, dès lors que de telles structures peuvent « sous-traiter » des tâches à des entreprises du même groupe (filiales ou succursales) et étant rappelé que des dépassements de budget ou des importants défauts de l'ouvrage sont très fréquents dans ces configurations.

En définitive, il serait utile que la loi et le règlement se réfèrent à la notion de « sous-traitance en cascade » en soumettant une telle possibilité à un accord formel du pouvoir adjudicateur, préalablement et pour chaque entrepreneur contractant de la chaîne. L'al. 3 envisagé devrait être précisé et fusionné avec l'al. 4 de l'avant-projet de la manière suivante :

« *Le recours à la sous-traitance en cascade est interdit, sauf :*

- a. *dans les marchés de construction ;*
- b. *lorsqu'elle est justifiée pour des raisons techniques, organisationnelles, économiques, qualitatives, écologiques ou de développement de la formation professionnelle ; et*
- c. *lorsqu'elle est autorisée et contrôlée par l'adjudicateur.*

En outre, comme le propose la motion précitée, il est indispensable d'introduire un mécanisme de « livre ouvert ». Cette méthode permet d'avoir un regard tant sur les choix des matériaux de finition, sur le fonctionnement optimal des ouvrages que sur le choix des bureaux et entreprises sous-traitantes et, dans ce cadre, l'adjudicateur peut proposer une liste d'entreprises pour les travaux

en sous-traitance de l'entreprise totale ou générale en se réservant un droit de refus d'entreprise qui, par exemple, ne paieraient pas leurs charges sociales ou ne respecteraient pas la convention collective applicable dans son domaine d'activité. Cette pratique, en vigueur depuis plusieurs années déjà, a fait ses preuves, mais elle ne repose sur aucune règle spécifique, bien qu'elle n'ait pas été remise en cause par la jurisprudence. Il se justifie dès lors de lui donner un ancrage dans la loi ou le règlement topique. Dans ce cadre, un alinéa pourrait être inséré en un al. 4, remplaçant l'avant-projet proposé, et avoir la teneur suivante : « *En outre, les adjudicateurs peuvent soumettre aux soumissionnaires une liste d'entreprises pour les travaux en sous-traitance ou se réserver un droit de refus à l'égard de celles qui ne respecteraient pas le cadre légal et réglementaire, ne paieraient pas leurs charges sociales ou ne respecteraient pas la convention collective applicable dans leur domaine d'activité.* ». Un alinéa 4^{bis} pourrait également être ajouté et aurait la teneur suivante : « *Les adjudicateurs peuvent se réserver de contrôler et valider notamment les prix des fournitures, les conditions contractuelles, les matériaux et les méthodes ou les techniques proposés par les sous-traitants.* ».

Enfin, Constructionvaud part du principe que l'interdiction de sous-traitance en cascade ne s'applique pas aux consortiums (ou « communauté de soumissionnaires » comme le définit l'art. 31 al. 1 AIMP).

Article 7 Peines conventionnelles

Dans la mesure où le recouvrement de sommes auprès d'entreprises dont le siège est à l'étranger est très difficile en pratique, Constructionvaud souhaite que l'art. 7 de l'avant-projet comprenne également la possibilité pour l'adjudicateur d'exiger une caution de la part de l'adjudicataire, indépendamment d'ailleurs qu'il ait son siège en Suisse ou dans un autre Etat.

Article 8 Respect des conditions de travail

Constructionvaud s'est toujours opposée fermement à la mise en œuvre de dispositifs différents selon que le soumissionnaire est étranger (lieu de la prestation) ou suisse (lieu d'origine). Dès lors que les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions minimales de salaire et de travail sont réputées identiques en Suisse, il est justifié d'exiger le respect des conditions au lieu de la prestation comme régime uniformisé pour tous les soumissionnaires. Aller dans le sens préconisé par la loi fédérale en matière de marchés publics irait à l'encontre du dispositif sur la responsabilité solidaire ancré en l'art. 5 de la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (LDét. ; RS 823.20) et entrée en vigueur le 15 juillet 2013. L'avant-projet d'article 8 LMP-VD va dans le sens des considérations qui précèdent. Cependant, il doit également s'étendre aux conditions minimales de salaire et de travail prévues par des conventions collectives non étendues, par des contrats-type de travail ou par des usages professionnels reconnus.

En outre, Constructionvaud est d'avis que le contrôle du respect par les soumissionnaires des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail, etc. doit constituer une obligation pour l'autorité adjudicatrice et ne pas être optionnel. Il en va du respect du devoir des pouvoirs adjudicateurs de leur obligation d'exemplarité, afin d'éviter que des cas comme ceux qui ont touché certains chantiers des CFF ou l'affaire « Géopolis » ne se reproduisent dans le futur (ch. 3). Pour Constructionvaud, la réglementation doit prévoir des conséquences claires en cas de non-respect ou de non fourniture de la preuve du respect de ces conditions par les soumissionnaires, à savoir l'exclusion ou la révocation pure, immédiate et sans indemnité du marché, car rien ne figure en l'état de manière précise dans le cadre légal, en particulier à l'art. 44 AIMP, ce dernier se limitant à l'absence de respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail et à l'égalité de traitement salarial entre hommes et femmes, et le fait que le message du Conseil d'Etat se réfère de manière générale à des sanctions n'est pas suffisant (EMPL LMP-VD, rem. ad art. 8 AP-LMP, p. 22).

2. Projet de règlement d'application de la loi sur les marchés publics

Article 2 Conditions de participation et critères d'aptitude

Constructionvaud salue la création de règles relatives au principe et au contenu de conditions de participation. Elle estime cependant que la liste des moyens de preuve que peut solliciter l'adjudicateur est insuffisante. Il convient en effet d'ajouter à cette liste les attestations de paiement des charges sociales et les cartes qui sont délivrées par certaines associations professionnelles aux travailleurs d'employeurs qui respectent les dispositions en matière de lutte contre le travail au noir et qui s'acquittent régulièrement de leurs cotisations auprès de la sécurité sociale. Il serait également utile de prévoir des dispositions relatives aux preuves à fournir en matière de conventions collectives, c'est-à-dire en lien avec l'art. 8 AP-LMP, sans toutefois tomber dans le formalisme excessif de certains cantons, comme Genève où la production d'une attestation confirmant que le soumissionnaire est à jour avec ses obligations en matière de prestations sociales conventionnelles n'est pas suffisante (ATA 1084/2002 du 1^{er} avril 2003, consid. 5 et 6).

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

Constructionvaud est d'avis que si l'on veut que cet article puisse être utilisé efficacement pour signaler à l'adjudicateur des incohérences ou des éléments qui ne respectent pas la législation, il serait opportun d'imposer (et non pas uniquement d'offrir la possibilité) à l'adjudicateur de fixer, dans l'appel d'offre, la date limite pour poser les questions. Dans le même esprit la date pour les réponses devrait être indiquée.

Article 11 Liste des soumissionnaires

Constructionvaud salue l'introduction de dispositions expresses en matière de liste de soumissionnaires qualifiés. Il est utile de rappeler au surplus que le service juridique de la FVE a soumis au mois de décembre 2013 au Département des infrastructures et des ressources humaines (DIRH) la possibilité de créer dans le Canton de Vaud une base légale et réglementaire pour introduire une liste des soumissionnaires qualifiés dans le contexte des marchés publics, sur le modèle valaisan, qui pourrait poser, entre autres conditions, la nécessité de respecter les CCT. Il s'agirait dès lors d'une « liste blanche », ce qui n'implique pas encore que les entreprises qui n'y figurent pas soient forcément non respectueuses des CCT, mais ce qui aurait pour conséquence de faire « sortir de bois » les entrepreneurs qui veulent s'acheter une conduite en se faisant inscrire dans la liste. Cette dernière peut également servir de référentiel de qualité pour les soumissions dans le secteur privé. A cet effet, le service juridique de la FVE a procédé à une analyse succincte de cette question des listes permanentes des soumissionnaires qualifiés et il ressort ce qui suit.

Depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996, l'Accord sur les marchés publics (AMP-OMC) est en Suisse le fondement du droit des marchés publics. Au niveau de la Confédération, la mise en œuvre de cet instrument international a été réalisée par la Loi fédérale sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.01) et l'Ordonnance sur les marchés publics (OMP ; RS 172.056.11). Cela étant et vu que le droit des marchés publics demeure pour l'essentiel l'apanage des cantons, ces derniers, afin de faciliter la mise en œuvre commune de l'AMP-OMC, ont adopté l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Finalement, chaque canton, sur la base de l'AMP-OMC, et plus particulièrement de l'AIMP, a légiféré à son tour sur les marchés publics. Les objectifs poursuivis par les législations en matière de marchés publics visent, à l'instar de l'art. 1 al. 3 AIMP, à assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, à garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et assurer l'impartialité de l'adjudication, à assurer la transparence des procédures de passation des marchés publics et à permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics. Il est également fréquent qu'à côté de ces objectifs cardinaux des marchés publics que la législation mentionne également d'autres principes. C'est le cas notamment à l'art. 12 AIMP qui traite du respect des conditions sociales et de travail entre autres (POLTIER, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, p. 160.).

Le pouvoir adjudicateur peut donc émettre une série de critères liées à l'aptitude du soumissionnaire et qui doivent être adaptés à un marché donné. Dans tous les cas, il faut éviter de restreindre inutilement la concurrence et ces critères ne peuvent pas être discriminatoires, par exemple en donnant la préférence à une entreprise locale surtout lorsqu'il n'y a pas de motif objectif lié au marché en cause. Dans la pratique, il s'agit pour l'essentiel d'apprécier les aptitudes

professionnelles des entreprises candidates, notamment sur la base de références relatives à des mandats antérieurs, la qualité de l'organisation mise en place et les aptitudes des cadres, voire enfin le système de contrôle-qualité mis en place (POLTIER., op. cit., pp. 201-202).

Ensuite, le pouvoir adjudicateur établit les critères d'adjudication, il peut donc prévoir à côté des critères cardinaux, des critères qui poursuivent d'autres intérêts publics, qualifiés d'objectifs secondaires. L'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres peuvent donc poser des conditions minimales et si elles ne sont pas remplies, le soumissionnaire doit être éliminé du marché. Ces conditions qui concernent les entreprises peuvent porter non seulement sur des motifs d'aptitude comme développé ci-dessus mais également sur d'autres motifs telles que le respect des conditions sociales et de travail. Toutes ces règles visent à s'assurer que les soumissionnaires engagés dans un marché s'y comportent de manière loyale et conformément à certaines règles de droit public. L'idée est donc de placer les concurrents dans une situation de concurrence réelle et que certains ne bénéficient pas d'un avantage concurrentiel indu, par exemple du fait qu'ils ne s'acquittent pas de leurs dettes envers le fisc ou les assurances sociales (POLTIER, op. cit., pp 186-187).

Lorsque l'objectif secondaire repose sur une base légale, le pouvoir adjudicataire peut sans autre y recourir. L'absence de mention d'un critère dans la loi ne constitue toutefois pas un obstacle lorsqu'il se rapporte à la qualification de l'entreprise ou de l'offre, il devrait en aller de même lorsqu'il concerne les conditions de production de la prestation, notamment les critères sociaux (POLTIER, op. cit., p. 204).

Compte tenu de la standardisation des marchés dans certains domaines, divers cantons ont adopté un régime de listes permanentes pour gérer efficacement les questions susmentionnées. Peuvent s'inscrire sur ces listes les entreprises qui remplissent certaines exigences minimales sur le plan professionnel et en ce qui concerne les conditions sociales et de travail. Une entreprise qui y figure est alors présumée remplir les conditions d'aptitudes usuelles pour les marchés relevant de la profession en cause (POLTIER, op. cit., p. 188).

S'agissant plus particulièrement des listes permanentes de soumissionnaires qualifiés, l'art. VIII AMP-OMC, prévoit déjà la possibilité pour les entités soumises aux marchés publics de dresser des listes permanentes de fournisseurs qualifiés. Ces listes doivent respecter toutefois un certain nombre de prescriptions et notamment le principe de non-discrimination. L'art. 28 AIMP prévoit quant à lui que les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir la reconnaissance mutuelle de la qualification des soumissionnaires, inscrits sur des listes permanentes tenues par les cantons. L'AIMP n'exclut donc pas la possibilité pour les cantons de dresser des listes permanentes de soumissionnaires qualifiés. Les directives d'exécution de l'accord intercantonal sur les marchés publics (DEMP) sont beaucoup plus explicites sur ces listes. Le § 22 DEMP en traite précisément et en fixe les conditions minimales.

Certains cantons connaissent des listes permanentes de soumissionnaires qualifiés (entreprises ou mandataires), lesquelles visent à simplifier la qualification des soumissionnaires. En effet, une fois inscrit sur cette liste, les soumissionnaires n'ont plus l'obligation de fournir un dossier complet sur leurs qualifications pour chaque nouveau marché. L'inscription dans cette liste ou le refus de l'inscription constitue une décision administrative au sens technique et, partant, est sujette à recours. La non-inscription sur la liste ne signifie pas l'exclusion automatique du soumissionnaire du marché, car il garde encore la possibilité de justifier d'une autre manière ses qualifications. La liste permanente de soumissionnaire n'est finalement qu'un moyen formel de simplification (ZUFFEREY J.-B., *Droit des marchés publics, Eléments choisis du droit suisse*, Fribourg, 2002, pp. 89 -90).

Dans le Canton de Vaud, la question des marchés publics est régie par les dispositions de l'AIMP, mais également par la loi actuelle sur les marchés publics (LMP-VD ; BLV 726.01) et son règlement d'application (RLMP-VD ; BLV 726.01.1). Les avant-projets mis en consultation confirment cette possibilité. Ainsi, sur la base de l'art. 13 let. b AP-LMP-VD, le Conseil d'Etat peut fixer par voie de règlement les dispositions cantonales d'exécution, des accords intercantonaux et de la présente loi, notamment la procédure d'examen des aptitudes des soumissionnaires ainsi que les critères d'inscription sur des listes permanentes de soumissionnaires qualifiés. Les art. 11 à 14 AP-RLMP-VD règlent les questions des critères d'aptitude et aussi des listes permanentes des soumissionnaires qualifiés. La compétence de la création des listes de soumissionnaires qualifiés, dans le but de faciliter le contrôle des preuves de leur aptitude, est confiée selon l'art. 11 al. 1 AP-RLMP-VD au département en charge des infrastructures. L'art. 12 al. 2 RLMP-VD prévoit les conditions minimales auxquelles doit répondre le soumissionnaire pour pouvoir être inscrit sur une

liste ainsi que les conditions d'exclusion. Conformément à l'art. 13 AP-RLMP-VD le département en charge des infrastructures, peut également déléguer la tenue des listes permanentes aux associations professionnelles intéressées avec la compétence de rendre des décisions, soit l'inscription et l'exclusion des listes. La Constructionvaud soutient fermement l'introduction de telles listes, en particulier dans le Canton de Vaud et salue les dispositions proposées dans le cadre de la consultation.

Constructionvaud relève que dans le Canton du Valais, actuellement le seul canton avec Thurgovie à avoir institué une telle liste, le Service de protection des travailleurs et des relations du travail (SPT), tient une liste permanente de soumissionnaires qualifiés. Il existe diverses listes d'entreprises qualifiées. Pour y figurer, les entreprises doivent mettre en œuvre une formation professionnelle suffisante et respecter les exigences sociales et économiques en vigueur. Selon les informations obtenues auprès du SPT, quand bien même les listes sont tenues par ce dernier, une étroite collaboration a été instaurée avec les milieux professionnels intéressés. Formellement la création d'une nouvelle liste dépend du Conseil d'Etat, mais l'impulsion à la base émane quasiment toujours des milieux professionnels intéressés. Dans son fonctionnement quotidien, le SPT suit régulièrement le bulletin officiel afin de maintenir ses listes à jour. Le SPT est également disposé à recevoir toutes remarques émanant des milieux professionnels concernés ou d'autres entreprises concurrentes relatives aux entreprises qui apparaissent sur les listes. En cas de doute, un contact est directement pris avec l'entreprise et des explications sont demandées. Le système fonctionne à satisfaction.

Constructionvaud s'oppose fermement à ce qu'une voie de recours soit ouverte contre le refus d'inscrire un soumissionnaire sur une liste ou sa radiation d'une telle liste, ce d'autant plus si la tenue en est déléguée à une association patronale ou professionnelle, sujet de droit privé ne disposant d'aucun pouvoir de puissance publique. A cet égard, l'inscription dans la liste pourrait s'opérer par la signature d'une convention qui comprendrait des dispositions générales et particulières relatives à l'admission et à l'exclusion.

Il est encore utile de préciser que l'avant-projet de règlement devrait prévoir une base pour autoriser le Conseil d'Etat ou le département au sens de l'art. 10 al. 1 AP-LMP-VD à édicter des directives sur la tenue des listes et ne pas se borner à la simple problématique des tarifs relatifs aux émoluments d'inscription (sur ce point, voir l'art. 13 al. 7 AP-RLMP-VD).

Article 13 Gestion (ndlr : des listes des soumissionnaires) (art. 13, al. 1, let. b LMP-VD)

En donnant une validité d'une année à une liste après sa publication, on lui enlève une grande part de légitimité. Il convient donc de prévoir une durée indéterminée ou un délai plus long.

Article 17 Réduction des délais pour les marchés non soumis aux accords internationaux

La réduction du délai à dix jours correspond certes aux *minima* autorisés par l'art. 47 AIMP, mais il sera sans doute intenable en pratique et cela aura pour conséquence d'écarter bon nombre de soumissionnaires. Des délais respectivement de vingt jours et de 40 jours pour les marchés soumis aux accords internationaux seraient acceptables.

Article 18 Organes de publication

La disposition proposée doit préciser que c'est la date du jour de la publication sur la plateforme simap.ch qui fait partir le délai de contestation de l'appel d'offres.

II. Compléments à apporter pour améliorer la pratique des marchés publics dans le Canton de Vaud

1. Préimplification

La question de la préimplification a longtemps occupé la fédération et ses entreprises coopératrices. Elle avait adressé au Secrétariat général du DIRH une note à ce sujet le 17 décembre 2013 à la suite d'un article paru dans le périodique « Canton-communes » du mois juin 2013 dans le cadre de la chronique des marchés publics. Constructionvaud rappelle à cet égard que l'art. 7 al. 1 et 2 RLMP-VD prévoit respectivement que les membres des autorités adjudicatrices, les personnes et entreprises qui participent à la procédure de passation des marchés publics ne peuvent présenter d'offres et que les personnes et entreprises qui participent à la préparation des documents d'appel d'offres peuvent présenter une offre pour autant que l'appel d'offres mentionne leur participation et son ampleur et que les documents de soumission indiquent toutes les sources et l'endroit où elles peuvent être consultées. L'auteur de l'article précise que pour les membres des municipalités, la règle prévue par l'art. 7 al. 1 RLMP-VD ne souffre d'aucune exception et a pour conséquence d'interdire à un entrepreneur, à un prestataire de service ou à un fournisseur, membre de la municipalité, de déposer une offre dans le cadre d'un marché organisé par commune et, partant, de l'empêcher de se voir adjudger un tel marché durant la période de son mandat politique, étant rappelé que cette restriction s'applique à l'ensemble des procédures de marchés publics, y compris à celle de gré à gré (TF 2C_66/2011 du 1^{er} septembre 2011).

Constructionvaud prend acte avec satisfaction que les avant-projets ne reprennent pas cette restriction, de sorte que l'art. 14 AIMP est seul applicable et qu'il ne devrait pas déployer les mêmes effets pratiques que l'art. 7 al. 1 et 2 RLMP-VD concernant les autorités exécutives communales, dont certains membres sont également des soumissionnaires, auxquels l'art. 65a de la loi du 28 février 1956 sur les communes (LC ; RSV 175.11), entré en vigueur le 1^{er} juillet 2013, qui prévoit qu'« un membre de la municipalité ne peut prendre part à une décision ou à une discussion lorsqu'il a un intérêt personnel ou matériel à l'affaire à traiter » et qu'il « doit se récuser spontanément ou, à défaut, être récusé par un membre de la municipalité ou par le collège. », trouve application, ce qui est amplement suffisant. Une précision dans la réglementation cantonale dans le sens des considérations qui précèdent serait cependant souhaitable.

2. Modification de l'appel d'offre après publication (art. 39 AIMP)

En pratique, il n'est pas rare que le pouvoir adjudicateur procède à des modifications de l'appel d'offres une fois sa publication intervenue.

La législation et la réglementation en matière de marchés publics instituent le principe de transparence (voir les actuels art. 6 LMP-VD, 13 et 15 RLMP-VD et l'art. 2 let. b AIMP) selon lequel, l'autorité adjudicatrice doit, d'une part, indiquer aux soumissionnaires potentiels tous les éléments leur permettant de déposer une offre en connaissance de cause et, de l'autre, respecter les règles du jeu qu'elle a arrêtées, de manière à prévenir les risques de manipulation de ces règles d'appréciation. Le marché doit être adjudgé sur la base de critères annoncés à l'avance aux différents participants, car la communication des critères lie l'adjudicateur, de sorte que l'offre la plus avantageuse économiquement au sens de l'article 6 let. fter LMP-VD se détermine en fonction de cette publication (arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal [ci-après : CDAP] MPU 2009.0014 du 17 décembre 2009, consid. 3a). Il en découle que ces critères doivent ensuite, lors de l'analyse des soumissions, être appliqués de manière non discriminatoire à l'ensemble des entreprises concurrentes (arrêts du Tribunal administratif [ci-après : TA] GE.2007.0077 du 8 octobre 2007, consid. 3a ; GE.2006.0151 du 18 janvier 2007, consid. 2a et les références citées). Conformément au principe de transparence, l'autorité adjudicatrice doit donner connaissance aux candidats à l'avance d'une grille d'évaluation des offres lorsqu'il entend l'appliquer au marché en cause. Les critères doivent être énoncés dans l'ordre de leur importance, l'indication du poids respectif de chacun devant être précisé également (art. 37 RLMP-VD). Il incombe également au pouvoir adjudicateur, d'une part, d'arrêter par avance, soit dans l'appel d'offres, soit dans les documents de soumission, les critères de qualification et d'adjudication qu'il entend appliquer, ainsi que les facteurs de pondération éventuels et, de l'autre, de communiquer aux soumissionnaires, au plus tard avant le dépôt de leurs offres, ces critères et leur pondération (art. 13 let. I RLMP-VD ; TA GE.2007.0077 du 8 octobre 2007, consid. 3b et GE.2006.0151 du 18 janvier 2007, consid. 2a/aa et les références citées). En outre, lorsque l'adjudicateur détermine des sous-critères auxquels il attache une importance particulière, il doit les communiquer par

avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective (ATF 130 I 241 consid. 5.1 ; 2P.4/2000 du 26 juin 2000, consid. 4d ; 125 II 86 consid. 7c ; TA GE.2007.0077 du 8 octobre 2007, consid. 3a ; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 5 ; GE.2005.0161 du 9 février 2006, consid. 7a), sauf lorsque ces sous-critères et leur pondération sont inhérents au critère principal et qu'ils servent uniquement à le concrétiser. Mais cette exception fait à son tour l'objet d'une réserve, soit lorsque l'adjudicateur accorde une telle importance au sous-critère qu'il équivaut à un critère publié. Savoir si l'on se trouve en présence d'un sous-critère dont la publication est nécessaire ou non dépend d'une appréciation de l'ensemble des circonstances du cas, soit notamment les documents d'appel d'offres, le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241 consid. 5.1 ; 2P.111/2003 du 21 janvier 2004, consid. 2.1, BR/DC 2005, p. 172 ; 2P.118/2003 consid. 3.3 ; 2P.172/2002 du 10 mars 2003, consid. 2.3 ; arrêts du TA du 8 octobre 2007, GE.2007.0077 du 1^{er} décembre 2003, consid. 3c ; du 20 avril 2004, GE.2003.0117 consid. 1a/bb, RDAF 2004 I, p. 292). Une éventuelle violation du principe de la transparence sous cet aspect ne conduit à l'annulation de l'adjudication que si elle a influé sur le résultat final de l'évaluation de l'offre et il appartient à l'adjudicateur d'apporter la preuve du contraire (arrêt TA du 8 octobre 2007, GE.2007.0077 consid. 3c et les références citées).

Ainsi, seuls devraient être communiqués à l'avance les sous-critères objectivement nécessaires aux soumissionnaires pour la préparation de leur offre et qui ne sont pas inhérents aux critères de base. En d'autres termes, les critères doivent être compris à l'aide de l'ensemble de la documentation remise aux soumissionnaires et c'est sur cette base qu'un sous-critère pourra être qualifié d'inhérent ou non aux critères auxquels il se rapporte. Dans l'affirmative, l'autorité adjudicatrice n'est pas tenue de communiquer le sous-critère aux soumissionnaires préalablement au dépôt de leurs offres (arrêt du TA du 20 avril 2004, GE.2003.0117). En revanche, l'exigence de communication préalable ne s'étend pas à l'échelle des notes. Ces principes sont applicables au cahier des charges et aux éventuelles modifications qui peuvent en découler, puisque ledit cahier constitue l'un des facteurs permettant de déterminer si l'on se trouve en présence de critères ou de sous-critères (arrêt de la CDAP du 25 février 2009, MPU.2008.0013 consid. 2a). En substance, celles-ci doivent être communiquées de manière anticipée à tous les soumissionnaires concernés. En conclusion, des modifications de l'appel d'offres après publication ne sont pas interdites, mais elles doivent être communiquées aux entreprises qui ont soumissionné. Il n'est pas nécessaire dans ce cadre de procéder à une nouvelle publication selon la procédure des art. 11 et 29 RLMP-VD, c'est-à-dire passer par la publication d'un nouvel appel d'offre (la publication sur SIMAP dans le Canton de Vaud, faisant seule foi ; arrêt de la CDAP du 25 février 2009, MPU.2008.0013 consid. 2b/bb), à condition toutefois qu'un nouveau délai uniforme et péremptoire soit imparti aux soumissionnaires pour le dépôt de leur complément, sous peine de violer les principes de la transparence et de l'égalité de traitement (arrêts du TA du 12 décembre 2001, GE.2001.0074 et du 23 avril 2001, GE.2000.0161).

En définitive, les modifications ne sont pas interdites pour autant qu'elles respectent les principes rappelés ci-dessus. Mais cela complexifie et rallonge la procédure, d'autant qu'il est parfaitement envisageable de recourir contre la modification, puisqu'un recours est possible à chaque étape dans la procédure. Il serait souhaitable que la nouvelle réglementation clarifie ces éléments.

3. Critères d'adjudication (art. 29 AIMP)

Contrairement à la réglementation actuelle, les avant-projets sont muets quant aux critères d'adjudication, lesquels ne font pas l'objet de dispositions détaillées. Constructionvaud est d'avis que ces critères doivent faire l'objet de dispositions circonstanciées, à tout le moins, dans les grandes lignes. Ainsi, par exemple, la formation de la relève professionnelle doit constituer un critère d'adjudication. L'expérience professionnelle doit également constituer un tel critère. Plus particulièrement s'agissant de la pondération des critères d'adjudication, Constructionvaud considère que le critère du prix de la prestation dans le domaine de la construction ne doit pas dépasser 50 % du total.

Constructionvaud déplore également le silence la réglementation proposée quant aux critères environnementaux, dans la mesure où les préoccupations en matière de climat ont considérablement augmenté ces dernières années et sont au centre de la politique étatique. Certes, 29 al. 1 AIMP se réfère à la notion abstraite de développement durable, mais cela n'est guère suffisant. Dans ces conditions, il n'existe guère de changement par rapport à la situation actuelle (sur ce point, voir l'art. 37 al. 1 RLMP-VD), de sorte que la jurisprudence topique reste applicable, étant précisé que les juges disposent dans ce cadre d'une marge de manœuvre

considérable. La Constructionvaud rappelle à cet égard que le Tribunal cantonal a relevé que l'utilisation de ce critère pose un sérieux problème, dès lors qu'il implique pour le pouvoir adjudicateur de connaître la distance entre l'implantation du projet et le siège de l'entreprise et donc, à accorder un avantage aux offreurs locaux, par rapport aux offreurs externes (CDAP MPU.2008.0013 du 25 février 2009). La doctrine et la jurisprudence s'accordent à retenir que ce type de critère ne doit être admis qu'avec la plus grande circonspection, sauf si la proximité des entreprises est particulièrement recommandée (GALLI/MOSER/LANG, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zürich 2003, p. 193, n° 412 ; voir également TA GE.2003.0072 du 28 octobre 2003 ; GE.2000.0091 du 4 octobre 2000, ainsi que BR/DC 2000, 57, arrêt S12 avec note d'ESSEIVA). Cela étant, dans certains domaines, ces critiques ont été nuancées, dans la mesure où l'utilisation de ce critère paraît davantage admis pour les marchés de chauffagistes (GE.2007.0077 et GE.2003.0072 précités, dans lesquels le Tribunal administratif, après de longues hésitations, a renoncé à qualifier d'arbitraire l'emploi de ce critère). Dans un arrêt du 17 juillet 2012, le Tribunal cantonal a considéré qu'un tel critère était admissible dans les marchés de la construction et que si les soumissionnaires entendaient le contester, ils auraient dû alors le faire dans le délai de recours à compter de la publication de l'appel d'offres (CDAP MPU 2012.0005 consid. 6b/cc). Auparavant, ce même tribunal avait admis un tel critère dans le cadre d'un marché de pose de chapes toute en relevant que la valeur pondérée de ce critère n'était que de 2 % (CDAP MPU 2008.0013 précité consid. 4.2).

S'agissant du cas particulier de la mise en œuvre d'un critère de proximité par rapport à des considérations écologiques, il est utile de préciser que selon la jurisprudence et la doctrine, le critère du respect de l'environnement est en principe un critère étranger au marché, de sorte qu'il n'est admis qu'avec une certaine circonspection (TA GE.2004.0147 du 27 janvier 2005, consid. 2b/bb ; STEINER, *Nachhaltige Beschaffungvergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen*, in BR/DC-Colloque Marchés publics 04, pp. 54 ss, spéc. 57 s, ainsi que les références citées ; voir également GALLI/MOSER/LANG, *op. cit.*, pp.202 ss, spéc. n° 435-442 et ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, *Droit des marchés publics*, Fribourg 2002, pp. 247 ss). Tel est le cas plus spécialement lorsque l'autorité adjudicatrice entend se fonder sur les trajets à effectuer entre le siège du soumissionnaire et le lieu de la prestation (arrêt GE.2004.0147 du 27 janvier 2005 consid. 2b/bb). En substance, le Tribunal fédéral a retenu ce critère comme approprié lorsque le trajet en question doit se répéter sur une longue période (par exemple, dans le cadre d'un marché portant sur la collecte de déchets) ou lorsqu'il est combiné avec d'autres aspects, soit, par exemple, la prise en considération de la charge polluante des véhicules utilisés (sur tous ces points ZBI 2001, 317 ; BR/DC 2007, pp. 203, S53 et note d'ESSEIVA). Enfin, le poids d'un tel critère ne doit pas être trop élevé, faute de quoi il pourrait apparaître comme discriminatoire à l'encontre des offreurs externes. En d'autres termes, il faut que les aspects examinés au titre du critère du respect de l'environnement permettent de mettre en évidence un avantage écologique significatif ou encore clairement identifiable dans le cadre de l'exécution du marché (TA GE.2004.0147 du 27 janvier 2005 consid. 2b/bb). La question des distances à parcourir a parfois également été utilisée dans le cadre de critères relatifs à la connaissance des circonstances locales ou à la fourniture d'un service après-vente (voir par exemple, CDAP MPU.2008.0013 du 25 février 2009 et TA GE.2007.0077 du 8 octobre 2007), avec les mêmes réserves (ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, *op. cit.* pp. 248 ss). Enfin, dans un arrêt du 15 juin 2010, la CDAP a précisé qu'il n'existe pas de véritable avantage écologique lorsque le chantier est peu important ou que les transports vont se répéter sur une période relativement courte (MPU.2009.0020 consid. 8). En définitive, l'utilisation d'un critère de proximité dans le cadre de conditions relatives à un appel d'offres n'est pas interdite, mais se heurte à plusieurs conditions et limites posées par la pratique qui postulent en substance que les trajets concernés doivent se répéter sur une longue période et que la valeur du critère ne soit pas importante au point d'exclure les soumissionnaires externes par le seul fait qu'ils ne respectent pas les conditions posées par ce critère. Une modification du règlement vaudois sur les marchés publics pourrait être envisageable dans le but de préciser la portée de la notion de « caractéristiques environnementales », mais en aucun cas la réglementation ne pourrait ériger un tel critère comme élément prépondérant en vue de l'adjudication d'un marché public, à peine d'être considéré comme discriminatoire et d'être invalidé en cas de recours devant une autorité judiciaire. Constructionvaud souhaite néanmoins la mise en œuvre de compléments légaux et réglementaires dans le sens des considérations qui précèdent. Ces ajouts pourraient aussi concerner des critères de durabilité comme l'interdiction de fournitures dont l'obsolescence est programmée ou produites dans des conditions qui ne respectent pas les standards environnementaux appliqués par la Suisse ou reconnus de manière internationale.

D'autres critères utilisés en pratique peuvent s'avérer très problématiques. Ainsi, il arrive parfois que certaines conditions prévoient des dispositions qui imposent comme critères aux soumissionnaires de démontrer avoir souscrit à des parts de placements collectifs dans des fonds concernant le développement durable ou des fonds éthiques, ou d'avoir mis en œuvre des mesures d'intégration de personnes handicapées. Sur ce dernier point, dans certains secteurs comme la construction, la pénibilité physique des travaux empêche toute intégration effective de personnes handicapées.

Enfin, il convient de rappeler la problématique soulevée dans le cadre des appels d'offres des Cantons de Fribourg et de Vaud pour les revêtements phono-absorbants dans lesquels il est prévu des conditions particulières imposant aux soumissionnaires une garantie linéaire sur dix ans, par laquelle ils s'engagent, à leurs frais, au changement du revêtement si, à la pose, il ne satisfait pas aux conditions phoniques et, à 50 % des frais, si ces valeurs ne sont pas respectées après cinq ans. Si d'un point de vue légal, elles ne prêtent guère le flanc à la critique, faute pour le législateur de ne pas avoir défini de manière assez stricte les droits et les obligations des autorités, l'on est en droit de s'interroger sur leur opportunité. Dans le cas particulier des exigences susdécrites, la garantie exigée des soumissionnaires se heurte aux difficultés suivantes :

- il n'est pas possible de se porter garant pour de tels revêtements pour de si longues durées, car ils dépendent de très nombreux facteurs, en particulier des conditions d'utilisation, des charges de trafics, des types et des poids des véhicules empruntant le tronçon ou des conditions météorologiques et, plus particulièrement les périodes de canicule ou de gel. En d'autres termes, la garantie imposée est fonction de paramètres externes sur lesquels l'entreprise soumissionnaire n'a aucune maîtrise ;
- en l'état, il n'existe pas d'études suffisamment étayées sur le comportement à long terme de ces revêtements ni de normes. En effet, la recherche n'est pas suffisamment aboutie et le recul pas assez grand pour permettre à l'une ou l'autre entreprise d'entrer en matière pour de telles garanties. Le maintien de telles exigences conduirait soit au renoncement de dépôt d'offre de la part des soumissionnaires soit à des dépôts d'offres d'un prix très haut (doublé par exemple) afin de tenir compte du provisionnement pour le remplacement des revêtements bitumeux. Les deux façons d'opérer ont très peu d'intérêt pour le maître de l'ouvrage. Vu l'absence de recul sur les revêtements évoqués ci-dessus, à l'heure actuelle, aucune entreprise ne dispose d'un produit apte à satisfaire aux exigences figurant dans les appels d'offres litigieux ;
- la garantie exigée excède largement celles prévues par la loi, en particulier par l'art. 371 du code des obligations du 30 mars 1911 (CO ; RS 220), et par les normes associatives, telles la SIA 118, et fait courir un risque économique important, voire irraisonnable aux soumissionnaires.

4. Clauses de blocage des prix des matières et des coûts de la main-d'œuvre

De nombreux cahiers des charges, notamment émanant des communes ou de leur représentant, comportent des clauses par lesquelles les soumissionnaires doivent s'engager à bloquer pendant une période donnée (en général jusqu'à la fin de la procédure d'adjudication ou des travaux) les montants relatifs à la masse salariale et aux matières fournies. Ces mêmes cahiers des charges font très souvent prohibition aux soumissionnaires de proposer des variantes, lesquels sont en principe interdites par l'art. 33 al. 1 AIMP si le soumissionnaire ne remet pas une offre en bonne et due forme en parallèle. S'agissant de la masse salariale, il faut relever que les art. 12 AIMP et 8 AIMP prévoient le prévoit que les soumissionnaires doivent notamment respecter les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, cette incombance étant d'ailleurs reprise le plus souvent dans les conditions générales d'adjudication et étendue au respect des dispositions des conventions collectives. Or, la plupart de ces dernières, dont notamment la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse (CN), la convention collective de travail du second œuvre romand (CCT-SOR) et la Convention collective de travail « Métal-Vaud » (CCT-MV) prévoient une augmentation annuelle plus ou moins linéaire des salaires des travailleurs d'exploitation et de chantier et une indexation sur l'Indice suisse des prix à la consommation. Dès lors, des conditions générales prévoyant simultanément une obligation de respecter le cadre conventionnel et réglementaire du droit du travail et l'engagement impératif du soumissionnaire de bloquer le prix de sa main-d'œuvre pendant plus d'une année civile sont totalement contradictoires. En ce qui concerne, l'obligation au soumissionnaire de bloquer les prix

de la matière, elle impose implicitement une maîtrise de ce dernier à l'égard d'un élément sur lequel il n'exerce aucun contrôle, le prix du marché et, partant l'offre et la demande. Un tel engagement peut engendrer des pertes importantes, d'autant que les lots des soumissions sont adjugés presque systématiquement à forfait. Dès lors, dans un contexte d'inflation, l'entrepreneur n'a pas d'autre échappatoire que de provisionner une perte dans son compte d'exploitation ou d'acheter le plus tôt possible la matière avec, le cas échéant, le risque que son offre ne soit finalement pas retenue et qu'il se retrouve avec des matériaux inutiles. Il apparaît dans ces conditions que le canton devrait édicter des règles, à tout le moins, dans des directives, afin d'éviter ce type de clauses.

5. Délai de remise des offres (art. 46 AIMP)

L'art. 46 al. 2 AIMP prévoit de délais minimaux qui sont relativement brefs. Constructionvaud demande que le canton introduise des règles complémentaires afin de prévoir des délais plus longs et surtout uniformisés. Constructionvaud souhaite également vivement qu'un délai, par exemple de dix jours, soit fixé dans la réglementation pour l'ouverture des offres.

6. Ouverture des offres (art. 37 AIMP)

Dans le domaine de la construction, beaucoup d'entreprises sont attachées à la procédure d'ouverture publique des offres. En outre, les entreprises doivent être informées sans délai de leurs chances de se voir attribuer un marché afin de pouvoir participer éventuellement à d'autres appels d'offres, car dans le domaine de la construction, lorsqu'une entreprise présente une offre, elle s'engage pour la phase de passation du marché, ce qui a pour conséquence pour elle de bloquer des ressources considérables. Dans ces conditions, il est cardinal pour un candidat soumissionnaire de savoir le plus tôt possible s'il a de bonnes chances de se voir adjuger un marché. Ces considérations poussent la Constructionvaud à solliciter du Canton de Vaud une précision à ce sujet dans la réglementation envisagée.

7. Evaluation des offres (art. 40 AIMP)

Constructionvaud est d'avis que la notion d'« offre la plus avantageuse » est par trop imprécise et induit en pratique en erreur certains pouvoirs adjudicateurs qui ont tendance à favoriser l'offre qui présente le prix le plus bas, quitte à se confronter au risque d'adjuger le marché à une offre dont le prix est anormalement bas. Cette imprécision découle de l'expression anglaise de « Most advantageous offer » qui figure dans l'Accord GATT/OMC. La Constructionvaud propose d'inclure dans l'AP-LMP-VD ou son règlement d'exécution une précision sur le modèle de ce qui figure actuellement en l'art. 43 al. 3 RMP-GE, à savoir « *l'offre qui présente le meilleur rapport qualité/prix* ». La réglementation vaudoise gagnerait énormément à contenir une telle précision, car il, arrive encore trop fréquemment en pratique que les pouvoirs adjudicateurs se focalisent sur l'offre la moins chère (« moins-disante ») au détriment de celle présentant le meilleur rapport qualité-prix (« mieux-disante »).

8. Interruption de la procédure (art. 43 AIMP)

L'art. 43 al. 2 AIMP prévoit que les interruptions « justifiées » de procédure ne donnent pas lieu à indemnisation des soumissionnaires. Constructionvaud est d'avis qu'en cas d'interruption de la procédure pour des motifs inhérents à l'adjudicateur (al. 1, let. a et d), une juste indemnisation des soumissionnaires doit être prévue, conformément au demeurant au droit des contrats, ce qui a pour conséquence que l'avant-projet de règlement doit être modifié en conséquence.

9. Passation du contrat (art. 42 AIMP) et effet suspensif (art. 54 AIMP)

L'art. 42 al. 2 AIMP prévoit, dans le cadre des marchés non soumis aux accords internationaux, l'impossibilité de conclure le contrat lorsque l'autorité judiciaire a accordé l'effet suspensif est évidemment souhaitable pour ne pas rendre le recours au fond sans objet (al. 1), mais cette possibilité paraît relever de la théorie, dans la mesure où l'art. 54 al. 1 AIMP dénie par principe tout effet suspensif aux recours, ce que Constructionvaud juge inacceptable. En supprimant par principe l'effet suspensif, cela incitera les recourants à déposer une requête pour provoquer une

décision incidente dans ce sens (laquelle est susceptible de recours au Tribunal fédéral, certes à certaines conditions strictes), ce qui, au contraire allongera la procédure. En l'absence de conditions prédéfinies, la pratique des tribunaux peut consister, comme dans certains cantons actuellement, à priver les recours de l'effet suspensif, même parfois lorsqu'ils ont des chances notables du succès. Or, ce faisant, la procédure d'adjudication peut continuer et les travaux pouvant par exemple commencer alors même que la question de l'adjudication n'est pas tranchée sur le fond, ce qui peut dans les faits priver le recours de tout objet. Le candidat dont l'offre a été écartée doit procéder sans délai contre la décision rejetant l'effet suspensif, c'est-à-dire avant la signature du contrat d'adjudication, à peine d'obtenir un arrêt du Tribunal fédéral constatant l'irrecevabilité du recours pour défaut d'objet de ce dernier (voir par exemple, TF 2C_553/2013 et 2C_535/2013 du 3 septembre 2013 ; 2C_811/2011 du 5 janvier 2012 et 2D_79/2009 du 12 juin 2010). Cela étant, il convient de relever ce qui suit sur la problématique des recours contre des décisions incidentes sur l'effet suspensif :

- en ce qui concerne la question de la motivation de la décision sur effet suspensif, souvent très sommaire, le Tribunal fédéral a considéré dans une affaire genevoise que l'examen *prima facie* de la requête de restitution de l'effet suspensif à un recours en matière de marchés publics en application de l'art. 17 AIMP actuel ne dispense en effet pas le juge de l'obligation de motiver sa décision conformément aux exigences de l'art. 29 al. 2 Cst., cette obligation est atténuée dans la mesure où le recourant a reçu le mémoire de réponse de l'autorité intimée, de sorte que le recourant est réputé comprendre les raisons pour lesquelles le tribunal intimé a jugé minces les chances de succès en cas de recours (TF 2D_130/2007 du 26 février 2008 consid. 3) ;
- au sujet de la qualité pour agir, selon l'art. 93 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110), les décisions incidentes notifiées séparément peuvent faire l'objet d'un recours si elles peuvent causer un préjudice irréparable, cette condition étant réalisée, dès lors que tant que le contrat n'a pas été conclu le candidat dont l'offre a été écartée dispose d'un intérêt à contester le rejet de la demande d'effet suspensif (TF 2C_535/2013 du 3 septembre 2013 consid. 1.3 et 2C_203/2013 du 25 mars 2013 consid. 5.1) et que s'il est conclu, ce candidat ne disposerait que d'une action en contestation de l'illicéité de l'adjudication en vue de demander le paiement de dommages-intérêts ;
- s'agissant de l'examen au fond, le Tribunal fédéral se limite en principe à examiner si la décision de l'autorité intimée n'est pas insoutenable, les juges de Mon-Repos estimant que dans le cadre des marchés publics, il y a lieu de reconnaître aux pouvoirs adjudicateurs une grande liberté d'appréciation que les instances cantonales doivent également respecter sous peine de tomber dans l'arbitraire (TF 2P.85/2001 et 2P.146/2001 du 6 mai 2002 ; TF 125 II 86 consid. 6 ; voir également TF 2P.161/2002 du 6 septembre 2002 consid. 2). L'appréciation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication n'est revue qu'avec une retenue particulière par le Tribunal fédéral, parce qu'une telle appréciation suppose souvent des connaissances techniques, qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres soumises par les soumissionnaires et qu'elle comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6 ; TF 2P.14/2007 du 3 septembre 2007, consid. 2.4) et que l'intérêt public prime sur l'intérêt privé du soumissionnaire écarté. Ainsi, le Tribunal fédéral a, entre autres, fait valoir qu'il existait un intérêt public prépondérant à lever l'effet suspensif, lorsque la réalisation du marché en cause améliorera de manière notable la sécurité de résidents dans un EMS (TF 2C_131/2007 du 15 juin 2007), dans le cas d'une commune devant se doter d'un centre de traitement des déchets au meilleurs coûts et aux moindres nuisances écologiques par rapport à l'intérêt d'un recourant à obtenir le marché en question, même lorsque la société adjudicataire ne remplit pas tous les critères de l'appel d'offre (TF 2D_8/2009 du 2 février 2009 consid. 3.5) ;
- il existe théoriquement une possibilité de remettre en cause au fond la décision de l'instance judiciaire précédente, même après la passation du contrat (voir par exemple TF 2D_12/2009 du 18 juin 2009 consid. 5.3), à condition de modifier ses conclusions pour demander la constatation de l'illicéité de la décision de l'adjudication, afin de pouvoir, le cas échéant, obtenir des dommages-intérêts (ATF 134 II 192 consid. 1.4 ; 131 I 153 consid. 1.2). Il faut cependant relever que cela reste une exception en pratique ;

- enfin, il est utile de préciser que le soumissionnaire écarté dispose, certes dans certaines situations, d'un intérêt à se plaindre du refus de donner suite à une demande de mesures provisionnelles tendant à bloquer l'exécution du contrat, car les conséquences juridiques d'un contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics sont encore incertaines selon le Tribunal fédéral (TF 2C_553/2013 précité consid. 1.3). Cette possibilité est cependant réservée aux cas où le contrat a certes été conclu, mais n'a pas encore été exécuté intégralement et qu'il peut se scinder en plusieurs parties, par exemple lorsqu'il porte sur des travaux qui doivent s'effectuer par étapes (TF 2C_811/2011 du 5 janvier 2012 consid. 1.3 ; 2C_611/2011 du 16 décembre 2011 consid. 2.2 et 4).

En définitive, les chances d'admission d'un recours au Tribunal fédéral contre une décision rejetant l'octroi de l'effet suspensif ou annulant ce dernier sont très ténues, voire quasi-inexistantes. Constructionvaud ose espérer que la pratique judiciaire sera pragmatique et estime qu'il serait opportun que le canton définisse dans la législation ou la réglementation d'exécution de l'accord les conditions auxquelles un recours peut être assorti de l'effet suspensif.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, je vous prie de croire, Mesdames et Messieurs les Conseillers d'Etat, à l'assurance de ma haute considération.

David Equey

Secrétaire général