



# AUDIT DE L'APPLICATION DE LA LEGISLATION SUR LES MARCHES PUBLICS DANS LE CANTON DE VAUD



Rapport numéro 18  
du 28 novembre 2011

Cour des comptes du canton de Vaud  
Rue de Langallerie 11 – 1014 Lausanne  
Téléphone : 021 316 58 00 – fax : 021 316 58 01  
Courriel : [info.cour-des-comptes@vd.ch](mailto:info.cour-des-comptes@vd.ch)

## SYNTHÈSE

### ***Bilan nécessaire pour une loi controversée...***

Quinze ans après son entrée en vigueur, la loi sur les marchés publics reste soumise à controverse. Souvent critiquée, cette législation paraît n'être appliquée qu'avec réticence. Pourtant son objectif principal, l'utilisation parcimonieuse des deniers publics devrait inciter à davantage de dynamisme dans sa mise en oeuvre. La Cour des comptes a donc décidé d'aborder ce thème en centrant son analyse sur l'Etat de Vaud, principal adjudicateur du canton.

### ***...aux effets peu transparents***

La Cour a constaté tout d'abord que les marchés publics constituent un domaine globalement peu transparent: aucun indicateur, ni statistiques ne sont publiés. Seule une estimation grossière du volume représenté par les marchés publics est disponible: CHF 31 milliards pour la Suisse et CHF 2.5 milliards au niveau vaudois. L'impact et la performance de cette législation n'ont fait l'objet d'aucune étude. Ce manque de transparence est problématique, particulièrement dans le contexte de défiance qui entoure cette législation.

### ***Organisation des marchés publics à l'Etat: manque de stratégie et de pilotage au niveau global***

L'audit a montré que si, au départ, l'administration cantonale a mis en place au départ avec succès des outils nécessaires à l'application de la législation, en particulier la plate-forme informatique des appels d'offres « simap.ch », son dynamisme s'est progressivement essoufflé au fil des années. Les moyens sont réduits au minimum et visent principalement le maintien des outils développés initialement. Un seul poste en équivalent plein temps est alloué tant pour le support transversal à l'organisation des marchés publics que pour le traitement des sanctions d'entreprises ne respectant pas les principes de la législation.

La tâche d'organisation, de gestion et de contrôle des marchés publics à l'Etat est entièrement décentralisée et déléguée aux services qui fonctionnent de fait comme des adjudicateurs indépendants. On relève que les principaux services adjudicateurs, qui gèrent une masse critique suffisante de marchés, se sont généralement bien organisés pour remplir cette mission. La réalisation des procédures de marchés publics en mode concurrentiel est toutefois une opération complexe qui nécessite que l'adjudicateur bénéficie d'une certaine expérience en la matière, assortie d'une solide connaissance métier. Ainsi, contrairement aux adjudicateurs réguliers, les services n'adjugeant qu'occasionnellement, insuffisamment outillés et formés à cette tâche, se trouvent en situation problématique, particulièrement s'ils se trouvent confrontés à un marché important.

L'application de la législation sur les marchés publics à l'Etat de Vaud est caractérisée par un manque de stratégie et de pilotage au niveau global. Alors que les objectifs de la loi relèvent de la politique financière et économique, seul le Département des infrastructures, pour sa mission technique, y est de fait impliqué en tant qu'autorité cantonale de surveillance de ce domaine.

***Application disparate, sans contrôle transversal : irrégularités constatées***

Les moyens étant insuffisants pour harmoniser les pratiques entre services, on relève que l'organisation, disparate, ne peut être qualifiée d'efficace globalement. L'Etat n'apparaît pas comme un adjudicateur unique vis-à-vis du secteur privé. Aucune procédure transversale de contrôle ne corrige les disparités constatées. Des irrégularités d'application sont constatées.

La décentralisation de la responsabilité dans les services et l'absence de contrôle transversal des procédures de marchés publics ont pour conséquence que les efforts consentis par certaines entités peuvent être annihilés par le manque d'engagement et de dynamisme manifestés par d'autres.

Pour le contrôle des marchés publics organisés par des institutions ou structures bénéficiant de subventions cantonales, on note également que les services procèdent de manière différenciée.

Quant aux procédures de vérification de conformité des soumissionnaires requis par la loi, la Cour note une absence de contrôle pour ce qui est de l'égalité entre femmes et hommes, alors que des outils existent et sont appliqués ailleurs, (notamment par la Confédération). Pour ce qui est des contrôles en matière de conditions de travail, de protection des travailleurs et de lutte contre le travail au noir, en particulier sur les chantiers publics, la Cour relève que l'Etat n'a pas harmonisé ses pratiques: les attestations demandées aux soumissionnaires varient d'un service à l'autre. Les contrôles devraient non seulement avoir lieu avant l'adjudication, mais se poursuivre durant la phase d'exécution du contrat, en particulier pour le contrôle des sous-traitants. Le Département des infrastructures, désigné comme autorité de surveillance en matière de marchés publics, n'a pas été suffisamment intégré aux instances d'inspection du travail sur les chantiers et ne dispose pas des moyens et informations adéquats pour remplir sa fonction de manière optimale, notamment en matière d'administration de sanctions.

***Risques liés à la passation des marchés publics insuffisamment évalués***

En matière de garantie de l'intégrité des procédures, la Cour constate qu'aucune mesure particulière n'a été adoptée pour prévenir la corruption, gérer les conflits d'intérêts de manière harmonisée à l'Etat dans le cadre de la passation des marchés publics. Aucune procédure ni programme permettant de prévenir et déceler les ententes d'entreprises au niveau des prix proposés (cartels de soumission) n'a été mis sur pied, alors que ces pratiques sont relativement répandues et causent des surcoûts pour les collectivités publiques.

***Les critiques envers la loi : certaines sont justifiées, d'autres pas***

En outre, la Cour tient à relever que l'amélioration de la transparence en matière de marchés publics couperait court à certains préjugés à l'égard de cette loi. Alors que certains pourfendeurs de cette législation déplorent que cette dernière entraînerait l'« invasion » d'entreprises étrangères sur le marché vaudois, il apparaît que, sur la base des données disponibles portant sur le nombre de marchés adjugés, seuls 2% leur sont finalement attribués.

Par contre, la Cour reconnaît que certains griefs invoqués à l'encontre de plusieurs principes de cette législation peuvent porter préjudice à son efficacité. Un premier problème concerne le niveau actuel des seuils des procédures concurrentielles, manifestement trop bas pour garantir que les gains de mise en

concurrence des soumissionnaires surpassent les coûts d'organisation. L'audit montre d'autre part que la majorité des plus importants adjudicateurs de l'Etat estiment que la disposition interdisant les rounds de négociation lors des soumissions des offres, les empêche de réaliser des économies.

### ***Renforcement de la structure d'appui et de contrôle et mise en place d'une instance de pilotage***

Dans ses recommandations, la Cour suggère tout d'abord d'améliorer la transparence du domaine par une exploitation descriptive et analytique des données chiffrées disponibles, afin de permettre une évaluation et un suivi des effets de cette législation. Elle recommande d'introduire des contrôles transversaux et, de manière générale, d'utiliser les procédures de marchés publics comme outil d'aide à la gestion analytique des achats publics. L'amélioration et l'intensification de la formation et de l'information pour les adjudicateurs importants sont à prévoir, de même que le renforcement de la structure d'appui pour les entités les moins expérimentées en matière d'organisation de marchés publics. L'instauration d'un pilotage transversal est une condition préalable pour introduire ces dispositions. La mise en place de contrôles vérifiant la conformité des adjudicataires en matière de respect des normes de protection des travailleurs, de lutte contre le travail au noir et d'égalité de salaire entre femmes et hommes s'avère également nécessaire. Des adaptations doivent être réalisées au niveau des directives de l'Etat.

### ***Nécessité de réformer les éléments problématiques de la loi***

Ces mesures nécessitent des moyens supplémentaires, ceux mis à disposition du Département des infrastructures étant insuffisants, notamment en regard des montants en jeu. La Cour estime cet investissement nécessaire au vu des gains d'efficacité et d'efficience à atteindre. Mais il est toutefois à souligner que la démarche doit s'accompagner de réformes de la loi, pour les éléments les plus problématiques qui portent atteinte à son efficacité.

### ***Bilan pour l'Etat : mitigé, mais plusieurs réalisations positives à relever***

Si, de manière globale, l'audit amène à une appréciation plutôt mitigée sur la manière dont la législation sur les marchés publics est appliquée à l'Etat de Vaud, ce constat doit cependant être nuancé par le fait que certains services dont le principal adjudicateur, ont organisé leurs procédures de marchés publics avec succès afin qu'elles contribuent à l'amélioration de la gestion et du suivi des projets et à l'optimisation de leur politique d'achat.

Un autre point positif est l'introduction progressive des critères de développement durable dans la méthode d'évaluation des marchés publics. Rappelons que les principes de développement durable, qui constituent la trame du programme de législature du Conseil d'Etat 2007-2012, ont bénéficié d'une impulsion politique importante.

## CONSTATS ET RECOMMANDATIONS<sup>1</sup>

### Pour mesurer la performance de la législation sur les marchés publics : Système d'information à compléter, outils de gestion, de contrôle et d'analyse à développer (chap.III)

No	Constats	Champ d'application	Recommandations
1	<p><b>Introduire les données exhaustivement sur simap.ch et exploiter cette base de données à des fins descriptives et analytiques</b></p> <p>La plate-forme internet simap.ch (système d'information des marchés publics) est un outil performant de diffusion des appels d'offres concurrentiels et d'échange électronique de documents.</p> <p>Par contre, contrairement à ce qu'exige la législation, les adjudicateurs n'indiquent pas systématiquement les informations concernant l'adjudication sur simap.ch (adjudicataire, prix etc). L'objectif de transparence des marchés publics défini par la législation n'est pas atteint.</p> <p>De plus, aucune information de synthèse ni statistique ne sont réalisées à partir des données simap.ch. Or, il s'agit d'éléments centraux pour établir un état des lieux des marchés publics vaudois et en assurer le suivi (en termes de volume, type de marchés, d'adjudicateur, d'adjudicataire etc), afin de disposer d'un outil analytique permettant d'en améliorer la gestion.</p>	Global Vaud / Administration cantonale	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Introduire systématiquement les informations concernant l'adjudicataire et le prix sur simap.ch conformément à l'art. 36 RLMP-VD. Un contrôle doit être organisé pour vérifier la conformité de cette disposition (voir recommandation no 5).</li> <li>- Exploiter la base de données des marchés publics concurrentiels (simap.ch) et produire régulièrement des statistiques visant à établir un état des lieux des marchés concurrentiels et suivre leur évolution.</li> </ul>
2	<p><b>Produire un reporting des marchés publics concurrentiels à des fins de contrôle et d'analyse de performance</b></p> <p>Au niveau des principaux adjudicateurs, il n'y a généralement pas de reporting des marchés publics, ni d'analyse réalisée pour assurer le suivi des projets et permettre les contrôles au niveau financier (conformité des procédures).</p> <p>A l'Etat de Vaud, le système comptable actuel n'est pas organisé pour permettre un tel reporting.</p>	Global Vaud / Administration cantonale	Organiser le système informatique comptable de manière à pouvoir produire un reporting des marchés publics par contrat et par fournisseur, pour assurer un suivi et un contrôle financier des projets. Le principe d'unicité du tiers (en particulier du fournisseur) doit être appliqué dans le système.

<sup>1</sup> Une partie des constats et recommandations sont de portée générale et s'appliquent à l'ensemble du canton (collectivités publiques vaudoises soumises à la législation sur les marchés publics vaudoise) (« Global Vaud »). Ceux issus de l'analyse des structures et processus mis en place à l'Etat de Vaud pour organiser les marchés publics cantonaux sont destinés uniquement aux services de l'Etat (« Administration cantonale »). Les constats et recommandations sont indiqués dans l'ordre d'apparition dans les chapitres.

## Organisation et contrôle des marchés publics à l'Etat : réforme et renforcement nécessaires (chap. VI)

No	Constats	Champ d'application	Recommandations
3	<p><b>Renforcer les supports à l'organisation des procédures</b></p> <p>Les procédures de marchés publics sont complexes à organiser. Les services qui ne sont confrontés qu'occasionnellement ou exceptionnellement aux marchés publics ne sont pas suffisamment outillés pour mettre en place leurs propres procédures de manière conforme et efficace. Le Centre de compétence pour les marchés publics (CCMP), structure d'appui aux adjudicateurs, ne dispose pas de suffisamment de ressources pour les appuyer.</p>	Administration cantonale	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Développer et adapter l'information à l'intention des services, notamment via le site internet « marchés publics ».</li> <li>- Offrir des formations adaptées aux collaborateurs en charge de l'organisation des procédures et de l'adjudication (comme pour la Confédération).</li> <li>- Renforcer le CCMP pour conseiller et appuyer les services adjudgeant occasionnellement ou rarement dans la réalisation des procédures.</li> </ul>
4	<p><b>Fixer le périmètre du marché conformément à la législation en évitant de fractionner les marchés</b></p> <p>Le fractionnement d'un marché dans le but d'éviter les procédures de marchés publics concurrentielles constitue une manière éprouvée de contourner la loi. La manière de fixer le périmètre du marché n'est toutefois pas précisée dans la directive Druide 123 relative à l'organisation des marchés publics à l'Etat.</p>	Global Vaud / Administration cantonale	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pour les adjudicateurs : veiller à appliquer une définition du marché conforme à la législation et à ne pas fractionner les marchés dans le but d'éviter les procédures concurrentielles de marchés publics.</li> <li>- Préciser la définition du marché au niveau des directives de l'Etat et étayer les supports d'information pour les adjudicateurs avec des exemples concrets d'application à recommander et d'erreurs à ne pas commettre.</li> </ul>
5	<p><b>Introduire un système de contrôle de conformité des procédures à l'Etat</b></p> <p>L'organisation des marchés publics telle que mise en place à l'Etat de Vaud a pour conséquence que la législation sur les marchés publics est appliquée de manière disparate entre les services.</p> <p>L'Etat de Vaud n'agit pas comme un adjudicateur unique, alors qu'en regard de la loi, elle en est un.</p> <p>Aucun système de contrôle transversal des procédures n'est prévu au niveau de l'Etat.</p> <p>Des non-conformités d'application de la législation sur les marchés publics sont constatées.</p>	Administration cantonale	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Instaurer une procédure de contrôle des appels d'offres concurrentiels avant leur publication sur simap.ch pour en vérifier la conformité et la cohérence (par exemple par le CCMP en lien avec la recommandation 1).</li> <li>- Introduire des procédures de contrôle financier a posteriori sur les marchés publics concurrentiels de l'Etat à l'image du système instauré à la Confédération qui opère des contrôles par pointage (sur la base des outils et informations développés avec la recommandation no 2).</li> <li>- Dans les exposés des motifs et projets de décrets (EMPD) présentant les projets d'investissements à soumettre au Grand Conseil, détailler les procédures de marchés publics utilisées afin de faciliter les contrôles par les instances politiques ou les organes de contrôle financier.</li> <li>- Faire figurer les procédures de contrôle dans les directives de l'Etat.</li> </ul>
6	<p><b>Clarifier les compétences et responsabilités des services co-adjudicateurs et les institutions subventionnées</b></p> <p>En cas de délégation de compétence d'un service à un autre lors de l'organisation d'un marché public, les rôles et responsabilités de chacun sont insuffisamment clarifiés. En outre, aucune disposition ne fixe les devoirs et responsabilités des services octroyant des subventions en matière de contrôle de conformité des marchés subventionnés.</p>	Administration cantonale	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Clarifier les compétences en cas de délégation d'organisation des marchés publics à d'autres services.</li> <li>- Etablir des règles transversales claires pour les services octroyant des subventions à des entités organisant des marchés publics en matière de responsabilité et compétence liées à ces marchés.</li> <li>- Faire figurer ces dispositions dans les directives de l'Etat.</li> </ul>

## Besoin d'une structure de pilotage, de travaux d'évaluation ainsi que de modifications législatives (chap. VII)

No	Constats	Champ d'application	Recommandations
7	<p><b>Mettre en place une structure de pilotage transversale</b></p> <p>La législation sur les marchés publics ne concerne pas uniquement le Département des infrastructures (DINF), mais vise des objectifs d'économicité relevant de la politique financière de l'Etat menée par le Département des finances et touchant directement l'économie privée, dont la politique au niveau de l'Etat est du ressort du Département de l'économie.</p>	Global Vaud	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Une structure transversale de pilotage des marchés publics est à créer afin de fixer des orientations en matière de gestion des marchés publics, conformes aux objectifs de la législation.</li> <li>- Le pilotage stratégique doit se baser sur les éléments analytiques à mettre sur pied (recommandations 1 et 2) et contribuer à réformer le système et la législation pour ses éléments problématiques (voir recommandation 9).</li> </ul>
8	<p><b>Mener une étude de performance sur les effets de la législation</b></p> <p>La législation sur les marchés publics est soumise à de fortes critiques, pourtant aucune étude de sa performance et de ses bénéfices éventuels n'a été menée à large échelle. A l'heure actuelle, les effets de la loi ne sont pas mesurés, (ni dans le canton de Vaud, ni d'ailleurs au niveau suisse ou dans d'autres cantons).</p> <p>Dans le secteur de la construction, des différences de prix, parfois importantes, sont constatées entre les régions suisses pour des ouvrages similaires, y compris pour des constructions publiques. Au niveau vaudois, aucune analyse n'est réalisée en vue de trouver l'origine de ces écarts de prix. L'impact des marchés publics n'est pas analysé.</p>	Global Vaud	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Sur la base du système d'information développé pour améliorer la transparence, le reporting et le controlling des marchés publics (en lien avec les recommandations 1, 2 et 5) . Etablir des indicateurs permettant d'évaluer la performance de la législation.</li> <li>- Analyser l'impact des procédures de marchés publics sur les différences de niveaux de prix et étudier l'adaptation nécessaire à y apporter pour réduire ces écarts.</li> <li>- Les études de performance doivent être placées sous la direction d'une structure transversale de pilotage (voir recommandation 7)</li> </ul>
9	<p><b>Réformer les éléments problématiques de la loi</b></p> <p>Parmi les critiques émises à l'encontre de la législation sur les marchés publics, celle relative au niveau des valeurs-seuils - trop basses-, paraît fondée<sup>2</sup> à la Cour. Il s'agit d'un élément risquant de porter préjudice à l'efficacité et à l'efficience de ces dispositions.</p>	Global Vaud et intercantonal	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Evaluer les avantages de rehausser les valeurs-seuils des procédures concurrentielles, et le cas échéant, viser une révision de l'AIMP.</li> </ul>

<sup>2</sup> Montants des seuils, voir annexe 1 chapitre IV point 4.1

## Egalité salariale et lutte contre le travail au noir dans les marchés publics: objectifs à fixer et contrôles à définir (chap. VIII)

No	Constats	Champ d'application	Recommandations
10	<p><b>Mettre en place un système de contrôle d'égalité salariale</b></p> <p>L'Etat de Vaud ne procède à aucun contrôle en matière d'égalité salariale entre femmes et hommes chez les entreprises soumissionnaires sur la base de la disposition contenue à l'art.6 RLMP-VD.</p>	Administration cantonale	A l'instar de la procédure en vigueur à la Confédération, instaurer un système de contrôle par pointage en matière de contrôle de l'égalité salariale entre femmes et hommes chez les soumissionnaires (ou adjudicataires). Envisager les solutions d'internalisation de ces contrôles (au moyen des compétences existantes au sein de l'Etat) ou d'externalisation.
11	<p><b>Définir des objectifs pour la lutte contre le travail au noir sur les chantiers publics et améliorer le processus de contrôle</b></p> <p>L'Etat de Vaud n'a pas défini d'objectifs mesurables en termes quantitatifs et qualitatifs en matière de respect et de contrôle des législations sur le travail au noir et sur la protection des travailleurs sur les chantiers publics ; la législation sur les marchés publics consacre pourtant un volet sur la nécessité de contrôler ces aspects. Des objectifs sont à définir.</p> <p>Aucun moyen ni ressources supplémentaires n'ont été alloués pour permettre à l'autorité de surveillance des marchés publics (le DINP) de remplir sa mission consistant à administrer des sanctions en matière d'infraction à la législation et d'avoir accès à toutes les informations nécessaires à cette tâche.</p> <p>Des cas de travail au noir ont été récemment constatés sur des chantiers publics.</p>	Administration cantonale	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Définir des objectifs en matière de respect des dispositions sur le travail au noir et sur la protection des travailleurs sur les chantiers publics, en collaboration avec le Département de l'économie, et adapter les moyens des instances responsables des contrôles et de l'administration des sanctions.</li> <li>- Donner accès au DINP aux informations lui permettant d'effectuer sa mission d'administrer des sanctions. Développer la collaboration entre le DINP et le service d'inspection du travail.</li> </ul>
12	<p><b>Harmoniser les pratiques de contrôle des soumissionnaires à l'Etat et renforcer le contrôle des sous-traitants</b></p> <p>L'Etat n'a édicté aucune règle pour les contrôles de conformité des soumissionnaires avant l'adjudication. Les pratiques sont ainsi très diversifiées entre services.</p>	Administration cantonale	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Etablir rapidement des directives de l'Etat définissant les contrôles de conformité des entreprises soumissionnaires (liste des attestations) et envisager une modification de la loi dans ce sens.</li> <li>- Pour le secteur de construction :             <ul style="list-style-type: none"> <li>- généraliser la collaboration avec les partenaires sociaux pour le contrôle de conformité des soumissionnaires et des sous-traitants (réalisée par les services du DINP) à tous les services constructeurs de l'Etat.</li> <li>- poursuivre la collaboration durant la phase d'exécution du contrat pour le contrôle de conformité des entreprises et des sous-traitants.</li> </ul> </li> </ul>

**Garantir l'intégrité des procédures de marchés publics: prévenir les ententes cartellaires et la corruption (chap. X)**

No	Constats	Champ d'application	Recommandations
13	<p><b>Introduire un programme de lutte contre les cartels de soumissions</b></p> <p>Les marchés publics sont un domaine où il existe des risques d'ententes d'entreprises (au niveau des prix, partage de marchés etc). Ces ententes sont nuisibles au fonctionnement des marchés publics car elles entravent la concurrence.</p> <p>Des études montrent que les cartels engendrent un surcoût.</p> <p>La Commission de la concurrence (Comco) a élaboré des procédures et des programmes de lutte contre les cartels de soumission. Elle organise également des formations à l'intention des pouvoirs adjudicateurs fédéraux et cantonaux. L'Etat de Vaud n'a cependant pas mis en place de procédure ni de programme d'information pour lutter contre les cartels lors des soumissions publiques et ne collabore pas pour l'heure avec la Comco.</p>	Administration cantonale / global Vaud	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Afin de prévenir les risques d'ententes, entreprendre une collaboration avec la Comco pour former et informer les instances adjudicatrices de l'Etat (principaux adjudicateurs) en matière de lutte contre les cartels de soumission. Examiner l'opportunité de participer aux programmes pilotes d'analyse et de suivi des soumissions par type de marchés organisés par la Comco.</li> <li>- En lien avec la recommandation no 8, procéder à ses propres investigations et analyses en matière de prix pour détecter les indices de collusions.</li> </ul>
14	<p><b>Formaliser et harmoniser la gestion des conflits d'intérêts</b></p> <p>Les services de l'Etat prennent en considération la nécessité de gérer les conflits d'intérêts entre collaborateurs et soumissionnaires, mais chacun applique ses propres règles.</p> <p>La directive Druide 123 ne mentionne pas de procédure à suivre, ni ne fait référence à l'art. 9 de la Loi vaudoise sur la procédure administrative (LPA-VD) qui définit clairement les conditions de récusations de collaborateurs cantonaux ou communaux participant à une décision administrative. Les collaborateurs ne sont pas informés de cette disposition.</p>	Administration cantonale / global Vaud	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Adapter les directives de l'Etat en faisant référence à l'article 9 LPA-VD.</li> <li>- Généraliser les comités d'évaluation pour l'adjudication de marchés passés en procédure concurrentielle.</li> <li>- Etudier l'opportunité de faire signer un formulaire type « déclaration d'impartialité » aux collaborateurs en charge d'adjuger des marchés ou participant aux décisions d'adjudication, comme à la Confédération.</li> </ul>
15	<p><b>Mesures de lutte contre la corruption à mettre en oeuvre</b></p> <p>Les marchés publics sont un terrain à risque pour des faits de corruption.</p> <p>L'Etat de Vaud n'a pas pris de mesure spécifique pour prévenir la corruption que ce soit de manière générale ou dans le cadre des marchés publics. Aucune des recommandations du GRECO (Groupe d'Etats contre la corruption du Conseil de l'Europe) adressées à la Suisse (Confédération et cantons) n'a été mise en oeuvre à l'Etat de Vaud.</p>	Administration cantonale / global Vaud	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Prendre des dispositions en matière de lutte contre la corruption.</li> <li>- Réglementer la question de l'acceptation de dons ou cadeaux par les collaborateurs de l'Etat.</li> <li>- Intégrer à la formation de base sur les marchés publics un volet consacré aux risques de corruption et aux mesures de prévention.</li> <li>- Etudier la généralisation dans les contrats d'achats publics d'une clause d'intégrité visant à prévenir la corruption et comprenant des peines conventionnelles en cas de non respect des dispositions.</li> </ul>

## Conclusion de la Cour des comptes

La Cour délibérant en séance plénière en date du 2 novembre 2011 a adopté le présent rapport public en présence de Mme Éliane Rey, présidente, M. Stefano Granieri, vice-président, Mme Anne Weill-Lévy, M. Jean-Claude Rochat et M. Jacques Guyaz.

## Remerciements

Parvenue au terme de ses travaux, la Cour des comptes tient à remercier toutes les personnes qui lui ont permis de réaliser cet audit. Elle souligne la disponibilité de ses interlocuteurs, de même que la diligence et le suivi mis à la préparation et à la fourniture des documents et des données requis.

## TABLE DES MATIERES

<b>Synthèse</b>	<b>02</b>
<b>Constats et recommandations</b>	<b>05</b>
<b>Table des matières</b>	<b>11</b>
<b>CHAPITRE I Contexte de l’audit</b>	<b>14</b>
1. Marchés publics : une législation sous les feux de la critique	14
2. Des enjeux financiers de plus de deux milliards par an	14
3. Objectifs de la loi : économicité et promotion de la qualité	14
4. Intérêt politique marqué	15
5. Irrégularités constatées lors des précédents audits de la Cour	16
6. Absence d’indicateurs pour mesurer les effets	16
7. Risques majeurs: cartels de soumission et corruption	17
8. Bilan nécessaire après quinze années d’existence contrastée	17
<b>CHAPITRE II Définition de la mission d’audit</b>	<b>18</b>
9. Périmètre d’audit	18
10. Objectifs de l’audit	18
11. Déroulement de l’audit	18
12. Etudes précédentes ou en cours	20
<b>CHAPITRE III Les marchés publics vaudois: manque de transparence et absence d’outils d’analyse</b>	<b>21</b>
13. Statistiques financières non disponibles pour chiffrer le volume des marchés publics vaudois	21
14. Informations comptables insuffisantes pour permettre un reporting des marchés publics	21
15. Marchés publics en procédure ouverte : données disponibles mais non publiées	22
16. Impact des marchés publics sur les prix : impossible à chiffrer au niveau vaudois...	27
17. ...mais le niveau de prix est de 11% plus élevé pour les constructions publiques dans la région lémanique	27
18. En conclusion : transparence et analyse à développer	28

## **CHAPITRE IV Fonctionnement des marchés publics concurrentiels dans le canton de Vaud** **30**

- 19. Au niveau suisse et intercantonal : plusieurs structures d'échange mais sans mission de pilotage 30
- 20. Canton de Vaud : une organisation en place mais sans structure de surveillance 31

## **CHAPITRE V Recours: incitatif important pour assurer la conformité des procédures mais pas suffisant** **36**

- 21. Trois appels d'offres concurrentiels sur cent font l'objet d'un recours avec jugement 36
- 22. Marchés communaux davantage sujets à recours que les marchés cantonaux 37
- 23. Recours plus fréquents en cas de concurrence accrue 37
- 24. Effet suspensif et procédure de justice : incitatif important à respecter la législation...mais pas suffisant 38

## **CHAPITRE VI Organisation interne à l'Etat de Vaud : grande diversité d'application entre les services** **39**

- 25. Principe d'organisation : la responsabilité aux services 39
- 26. Fortes disparités entre les services 41
- 27. Outils d'appui: utiles et appréciés mais pas suffisants 46
- 28. Formation : pour une meilleure adaptation aux besoins des services 48
- 29. Au final : une disparité d'application problématique 50
- 30. Exemple d'organisation chez trois gros adjudicateurs 52
- 31. Problèmes de conformité fréquents mais difficilement détectables 55
- 32. Conclusions : formation, information, appui et contrôle à développer 56

## **CHAPITRE VII Que dire à ce stade de la performance de la loi ?** **59**

- 33. Modifier des éléments de la loi : démarche nécessaire mais laborieuse 59
- 34. Réformes prioritaires: structure de pilotage à établir et plusieurs changements législatifs à introduire 61

<b>CHAPITRE VIII Contrôle des soumissionnaires: manque d'objectifs et pratiques disparates entre les services</b>	<b>65</b>
35. Conditions de participation selon la loi: accent placé sur l'égalité et la protection des travailleurs	65
36. Egalité entre femmes et hommes : contrôles inexistants	66
37. Lutte contre le travail au noir et protection des travailleurs sur les chantiers publics: absence d'objectifs	69
<b>CHAPITRE IX Développement durable dans les marchés publics : objectif de législature et réalisations concrètes</b>	<b>79</b>
38. Intégration des critères de développement durable dans les marchés publics : marge de manœuvre réelle mais limitée	79
39. Programme de législature 2007-2012 sous le signe du développement durable	80
40. Critères de développement durable appliqués à tous les marchés publics de l'Etat de Vaud	80
41. Politique d'achat et développement durable	82
42. Conclusions : premiers objectifs atteints	83
<b>CHAPITRE X Principaux risques liés aux marchés publics: collusion d'entreprises et corruption d'agents publics</b>	<b>84</b>
43. Lutte contre les ententes cartellaires: collaboration avec la COMCO à développer	84
44. Gestion des conflits d'intérêts : dispositions légales mal connues	88
45. Corruption : mesures préventives à mettre en place	90
<b>CHAPITRE XI Conclusion</b>	<b>94</b>
<b>CHAPITRE XII Observation des entités auditées et réponse de la Cour</b>	<b>95</b>
46. Observations du SG-DINF	95
47. Prise de position de la Cour	96
Annexe 1 Descriptif de la législation sur les marchés publics et aspects juridiques	97
Annexe 2 Bibliographie	111
Annexe 3 Questionnaire adressé aux services de l'Etat	116

## CHAPITRE I Contexte de l'audit

### 1. **Marchés publics: une législation sous les feux de la critique**

Quinze ans après l'entrée en vigueur de la législation sur les marchés publics<sup>3</sup>, suite à l'adhésion par la Suisse à l'Accord OMC/GATT<sup>4</sup> en 1994, force est de constater que l'application de cette législation tant dans le canton de Vaud qu'en Suisse en général reste un sujet problématique suscitant des vagues de mauvaise humeur de la part de nombreux acteurs économiques et politiques. Les griefs principaux à l'endroit de cette loi sont la lourdeur administrative, l'inefficacité des procédures, le manque de clarté des textes législatifs, les effets négatifs pour le tissu économique local. Cette législation qui paraît n'être appliquée qu'avec réticence, est même parfois contournée, comme la Cour l'a remarqué notamment lors de ses précédents audits (voir point 5).

### 2. **Des enjeux financiers de plus de deux milliards par an**

Pourtant les enjeux financiers sont de taille et devraient inciter les collectivités publiques à porter une attention toute particulière à l'application de cette législation. Une étude de la Confédération<sup>5</sup> avait chiffré le volume financier représenté par les marchés publics à CHF 31 milliards pour tout le pays en 2002. La part représentée par les marchés de la Confédération s'établit à 19% soit CHF 6 milliards, celle des communes à 43% et celle des cantons à 38%, soit CHF 25 milliards. Sur cette base on peut déduire que les marchés publics vaudois des services, fournitures et constructions, se chiffrent à CHF 2.5 milliards, montant dont l'ordre de grandeur est corroboré par les estimations produites à partir des données de finances publiques vaudoises.

### 3. **Objectifs de la loi : économicité et promotion de la qualité**

Les objectifs de la législation sur les marchés publics vaudois, de même que ceux prévalant au niveau national et intercantonal, retiennent également l'intérêt car ils s'inscrivent dans une recherche d'économicité et de bonne gestion des finances publiques. Déclinés en quatre axes, ils visent à:

- promouvoir une concurrence efficace entre les fournisseurs de prestations publiques,
- garantir l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et l'impartialité de l'adjudication,
- assurer la transparence des procédures de passation des marchés,
- utiliser les deniers publics de manière parcimonieuse.

<sup>3</sup> La présentation de la législation sur les marchés publics en Suisse figure dans l'annexe 1.

<sup>4</sup> Accord sur les marchés publics (AMP) Conclu dans un premier temps entre les membres de la CEE et onze autres pays parties au GATT, l'AMP compte aujourd'hui vingt-sept membres. Son objet est d'ouvrir à la concurrence internationale pour une part aussi large que possible les marchés publics en faisant en sorte que les lois, réglementations, procédures et pratiques des Etats parties soient plus transparentes et qu'elles n'aient pas pour effet de protéger les produits ou fournisseurs nationaux ou d'entraîner une discrimination à l'encontre des produits ou fournisseurs étrangers. Renégocié lors du cycle d'Uruguay, l'Accord actuel est entré en vigueur le 1er janvier 1996.

<sup>5</sup> « L'ouverture des marchés publics en Suisse sous l'angle juridique et économique », Contrôle parlementaire de l'administration (CPA), 14 mars 2002

A ces principes de base s'ajoute également la garantie du respect d'autres législations comme celles liées :

- aux conditions de travail,
- à l'interdiction de travail au noir
- à l'égalité de traitement entre femmes et hommes

Ils 's'agit des conditions de participation des soumissionnaires. En intégrant, au cœur même de la loi sur les marchés publics, la référence à ces textes, le législateur a marqué sa volonté que les collectivités publiques s'assurent du respect des lois en lien avec les principes fondamentaux de protection des travailleurs dans le cadre des marchés qu'elles organisent. La recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse ne doit pas avoir pour conséquence une sous-enchère salariale. C'est pourquoi la Cour consacre un volet de son analyse à l'examen des contrôles réalisés pour respecter ces dispositions.

#### 4. Intérêt politique marqué

Depuis son entrée en vigueur, la législation sur les marchés publics a fait l'objet de nombreuses interventions politiques au niveau fédéral, cantonal et communal. Les sujets d'intérêt manifestés par les milieux politiques, qui touchent des aspects diversifiés de cette législation, ont également été pris en considération dans l'analyse réalisée par la Cour.

Au niveau vaudois, on note un certain nombre d'initiatives relatives aux conditions de participation des soumissionnaires. Parmi les interventions déposées ces dernières années au Grand conseil vaudois, on peut citer :

- une motion visant, entre autre, à exiger des preuves en matière de respect d'égalité salariales entre femmes et hommes<sup>6</sup>,
- un postulat demandant d'introduire, parmi les éléments présidant au choix des adjudications publiques, un critère mesurant les efforts consentis par les entreprises en matière de formation professionnelle<sup>7</sup>.
- une initiative parlementaire<sup>8</sup> et une interpellation<sup>9</sup> portant sur la question du respect des conditions de travail par les entreprises sous-traitantes et la problématique du travail au noir sur des chantiers publics

Un certain nombre d'interventions ont pour objectif de promouvoir les achats respectant les principes de développement durable, dont une motion visant à établir une charte en faveur d'achats publics équitables<sup>10</sup>. On souligne à cet égard que le thème du développement durable et sa prise en compte dans les critères d'achats publics ont bénéficié d'une impulsion particulière de la part du Conseil d'Etat, puisqu'il figure de manière indirecte dans le programme de législature du Conseil d'Etat via l'Agenda 21 (voir chapitre VIII.)

Les non-conformités suspectées ont également été à l'origine d'interventions parlementaires. L'absence de mise en soumission publique des contrats pour l'assurance-accidents des employés de l'Etat a fait l'objet d'une interpellation<sup>11</sup>.

D'autres interventions aux niveaux cantonal et fédéral abordent la législation sur les marchés publics sous un angle plus critique, invoquant les effets négatifs

<sup>6</sup> Motion Fabienne Freymond Cantone , 20 novembre 2006 (encore pendante).

<sup>7</sup> Postulat Jacques Perrin et consorts, 21 novembre 2006

<sup>8</sup> Initiative Jean-Michel Dolivo, 28 octobre 2008

<sup>9</sup> Interpellation François Brélaz, septembre 2011

<sup>10</sup> Motion Pierre Zwahlen et consorts, 27 janvier 2009

<sup>11</sup> Interpellation Jacques Nicolet, août 2010

pour l'économie locale de l'ouverture des marchés à des soumissionnaires étrangers ou hors-canton. Par ailleurs, le Grand Conseil a été saisi d'une interpellation concernant les risques que le recours à des entreprises générales dans les marchés publics feraient courir aux PME locales<sup>12</sup>, ainsi qu'une interpellation relative à une adjudication en deçà de la valeur-seuil<sup>13</sup>,

Au niveau fédéral en 2002, soit cinq ans après l'entrée en vigueur de la législation sur les marchés publics, la commission de gestion du Conseil National a mandaté le contrôle parlementaire administratif (CPA) qui officie en tant qu'organe d'audit, pour une étude sur les effets de cette loi<sup>14</sup>. Cette étude, à laquelle la Cour se réfère régulièrement, avait pointé nombre de problèmes dans l'application de la législation fédérale sur les marchés publics et résulté sur de profondes réformes dans l'organisation et le contrôle des procédures de marchés publics au sein de l'administration fédérale.

## 5. Irrégularités et difficultés d'application constatées lors des précédents audits de la Cour

Au cours de ses audits précédents, la Cour a constaté des manquements à la législation sur les marchés publics. L'audit sur les entreprises de sécurité privée (no 4) avait révélé que des contrats avaient été reconduits tacitement sans qu'un appel d'offres n'ait été lancé, contrairement à ce qu'exige la loi. Des travaux de rénovation de la Cathédrale de Lausanne (rapport no 5) ont eux aussi échappé aux procédures de marchés publics, comme l'a noté l'audit consacré à ce thème. L'analyse de l'externalisation de l'informatique cantonale (rapport no 1) avait mis en exergue que l'Etat de Vaud n'avait pas respecté la législation sur les marchés publics lors de la transformation de la firme à laquelle l'informatique avait été externalisée, Bedag Informatique, en société anonyme.<sup>15</sup>

A cela s'ajoutent les non-conformités relevées par les parlementaires.

Ce constat a donc amené la Cour à s'interroger sur les causes de la fréquence et l'importance des problèmes constatés. L'accent sera placé sur l'étude des conditions-cadre mises en place dans le canton pour appliquer cette loi ainsi que des raisons qui expliquent l'existence des failles permettant la survenance de ces irrégularités. L'audit s'attachera donc moins à « traquer » les non-conformités, partant du constat qu'elles existent, qu'à chercher à en comprendre les raisons et à analyser la cohérence du système dans son ensemble.

## 6. Absence d'indicateurs pour mesurer les effets

Si la législation sur les marchés publics retient l'attention des institutions de contrôle des finances publiques, c'est précisément du fait des objectifs d'économicité qu'elle poursuit. Or force est de constater qu'au niveau vaudois, aucune donnée chiffrée n'est disponible sur le thème des marchés publics et aucun système global de reporting n'est réalisé pour permettre d'évaluer les effets de la loi<sup>16</sup>. Les marchés publics vaudois ne font l'objet d'aucune statistique.

<sup>12</sup> interpellation Jean Guignard et consorts, 11 mars 2008 (encore pendante)

<sup>13</sup> interpellation Pierre-Alain Mercier, « Le SAT et les marchés publics : le choix d'un mandataire à Paris ! excès de zèle ou incompétence avouée ! », 17 décembre 2003, (encore pendante)

<sup>14</sup> Etude mentionnée sous 7)

<sup>15</sup> En particulier, aucun appel d'offres concurrentiel, n'avait été lancé (appels d'offres lancés en procédure ouverte ou sélective ou les concours).

<sup>16</sup> Ce constat a déjà été posé au niveau suisse par l'OCDE dans son rapport « Concurrence sur les marchés de produits et performance économique en Suisse », 2004 qui signale que l'effet de la législation sur les marchés publics est « difficilement quantifiable faute de

La recherche de la performance de la loi sur les marchés publics par domaine, est un objectif qu'il serait souhaitable de viser. Des pistes seront ainsi proposées pour permettre de réaliser une telle évaluation.

## 7. Risques majeurs: cartels de soumission et corruption

L'étude de l'application de la législation sur les marchés publics serait incomplète sans l'examen de la gestion des deux principaux types de risques susceptibles d'en affecter gravement la performance à savoir : les collusions d'entreprises lors de soumissions publiques et la corruption d'adjudicateurs par des entreprises soumissionnaires.

Les ententes d'entreprises portant sur le prix ou les quantités des biens ou services à vendre, ainsi que sur la répartition géographique des marchés sont interdits en Suisse depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur les cartels en 1996. Ces ententes, qui constituent des entraves à la concurrence, restent néanmoins fréquentes. En effet, la loi sur les cartels, entrée en vigueur à la même époque que la législation sur les marchés publics, dans le même élan politique visant à décloisonner les marchés et à y stimuler la concurrence, se heurte aux mêmes résistances, compte tenu de l'ampleur des changements qu'elle implique, l'économie suisse étant traditionnellement fortement cartellisée. Des moyens pour lutter contre les cartels de soumissions ont toutefois été mis sur pied, par le biais de la Commission à la concurrence (COMCO). Il s'agira d'examiner la manière dont la problématique est abordée dans le canton de Vaud.

Les pratiques de corruption sont, de l'avis d'experts, relativement peu répandues en Suisse. Il s'agit néanmoins d'un risque qui doit être pris en compte, notamment par des mesures de prévention dissuasives, compte tenu de l'importance des impacts financiers et des dégâts d'image que cela peut provoquer. Cet aspect sera également abordé dans l'audit, ainsi que la manière dont sont gérés les conflits d'intérêts.

## 8. Bilan nécessaire après quinze années d'existence contrastée

Sur la base de ce constat, la Cour a décidé d'examiner ce thème de l'application de la législation sur les marchés publics dans le canton, d'en établir un état des lieux, et d'investiguer plus spécifiquement sur les raisons qui motivent les critiques à l'encontre d'une législation qui vise pourtant des objectifs d'économie, d'efficacité et d'efficacités dont le bien-fondé paraît incontestable. S'agit-il de critiques justifiées ou ne sont-elles que la manifestation de réactions de résistance aux changements voulus par cette loi, qui, soulignons-le, avec l'entrée en force du principe de mise en concurrence des entreprises soumissionnaires sans discrimination de leur lieu d'origine, a profondément modifié les principes régissant la politique d'achat des collectivités publiques jusque là plutôt marquée par son penchant protectionniste à l'égard des entreprises locales ? Comment le canton de Vaud s'est-il adapté à cette législation ? L'organisation est-elle efficace et efficiente ? Telles sont les questions auxquelles s'attelle à répondre cet audit.

---

statistiques fiables. Des comparaisons d'adjudications identiques de la Confédération entre 2000 et 2002 font apparaître des baisses sensibles de prix de l'ordre de 25% en moyenne ».

## CHAPITRE II Définition de la mission d'audit

### 9. Périmètre d'audit

La Cour a scindé l'audit en deux volets :

- Analyse du fonctionnement général des marchés publics dans le canton de Vaud,
- Audit sur l'organisation mise en place à l'Etat de Vaud (administration cantonale).

Compte tenu du fait qu'il s'agit d'une première analyse des marchés publics dans le canton de Vaud, et que le thème est vaste et complexe, il paraissait nécessaire de limiter le périmètre, dans un premier temps, à la principale entité adjudicatrice, à savoir l'administration cantonale.

La situation dans les communes ainsi que dans les institutions subventionnées ou investies d'une mission cantonale et soumises à la législation sur les marchés a été prise en compte dans l'analyse du contexte global. Par contre ces entités n'ont pas été auditées. Une étude supplémentaire serait à envisager dans une deuxième étape. On note toutefois que bon nombre de constats et recommandations issus de l'audit réalisé dans l'administration cantonale peuvent être appliqués aux autres entités adjudicatrices vaudoises.

### 10. Objectifs de l'audit

Les objectifs d'audit sont les suivants :

Objectif No 1: Etablir un état des lieux des marchés publics dans le canton (volume et type des marchés publics, typologie des adjudicateurs, provenance des adjudicataires, etc.)

Objectif No 2 : Analyser l'organisation des marchés publics à l'Etat de Vaud (services de l'administration) et sa performance en regard des objectifs de la législation (utilisation parcimonieuse des deniers publics, promotion de la concurrence, transparence de la passation des marchés, égalité de traitement).

Objectif No 3 : Identifier les causes des éventuels manquements constatés.

Objectif No 4: Déterminer les éléments nécessaires permettant à l'avenir de réaliser une analyse de la performance en matière de marchés publics.

### 11. Déroulement de l'audit

#### ***Décision d'exécution de l'audit et annonce de la mission***

A la suite d'une étude préliminaire destinée à définir le contenu de l'audit et de son périmètre, la Cour a décidé dans sa séance plénière du 13 mai 2011 de procéder à un audit sur l'application de la législation sur les marchés publics dans le canton de Vaud, centré sur l'étude de la performance de l'organisation mise en place à l'Etat de Vaud (dans les services de l'administration cantonale).

Conformément à l'art. 31 LCComptes, la Cour a informé de l'audit le Grand Conseil et ses Commissions des finances et de gestion, le Contrôle cantonal des

Finances le Président du Conseil d'Etat ainsi que l'ensemble des Chef-fes de Département, compte tenu de la transversalité du sujet d'audit.

L'audit a été dirigé par Mme Anne Weill-Lévy, magistrate responsable, et M. Jean-Claude Rochat, magistrat suppléant.

L'équipe d'audit était composée de Mme Anne Weill-Lévy, magistrate responsable, et de Mme Christina Maier, cheffe de mandat d'audit.

### ***Formation et collecte de données***

Durant la phase exploratoire pour la réalisation de l'étude préliminaire, l'équipe d'audit a procédé en premier lieu à un examen croisé des données existant dans la comptabilité de l'Etat (via Finweb) et des publications sur le site réservé aux marchés publics (simap.ch). Une recherche documentaire a été réalisée en lien avec les thèmes abordés dans l'audit. Le cours de deux jours du Centre d'éducation permanente de l'Etat de Vaud « Marchés publics : comment réussir vos appels d'offres ? » a été suivi. Cette approche a permis de définir le périmètre et la démarche d'audit. Dans le cadre de l'étude préliminaire, l'équipe d'audit a été appuyée par un expert externe en marchés publics.

### ***Questionnaire et entretiens d'audit***

Sur cette base, elle a adressé un questionnaire à 25 services de l'Etat de Vaud<sup>17</sup> qui ont tous répondu. Le chapitre VI détaille les services contactés et les sujets abordés par le questionnaire. Des entretiens d'audit ont ensuite été sollicités avec les trois services de l'Etat principaux adjudicateurs : le Service des routes (SR), le Service Immeubles, Patrimoine et Logistique (SIPAL) pour ses divisions Architecture et ingénierie, exploitation et Centrale d'achats (CADEV) ainsi que la Direction des systèmes d'information (DSI).

L'équipe d'audit a aussi sollicité des appuis auprès de spécialistes sur certaines questions juridiques « pointues ». Pour les thèmes liés aux risques de conflits d'intérêts, de corruption et d'ententes d'entreprises (cartels de soumissions), des entretiens et contacts ont eu lieu avec notamment les dirigeants de Transparency International pour la Suisse<sup>18</sup>, des collaborateurs de la Commission à la concurrence (Comco), ainsi qu'avec différents organes et départements de la Confédération (Contrôle fédéral des finances, Département fédéral des affaires étrangères, Office fédéral de la justice). Pour les questions liées au contrôle de conformité des soumissionnaires en matière de respect de la protection des travailleurs et de l'égalité de salaire entre femmes et hommes, les partenaires sociaux : UNIA et la Fédération vaudoise des entrepreneurs (FVE)<sup>19</sup> et des experts ont également été sollicités, ainsi que des collaborateurs d'autres cantons (Berne et Genève) et le Bureau fédéral à l'égalité entre femmes et hommes.

Durant la phase d'audit, l'équipe d'audit a été assistée, pour les aspects juridiques, par une avocate spécialisée dans le domaine des marchés publics.

<sup>17</sup> Le questionnaire a été organisé en 10 catégories de questions, comprenant 29 groupes de questions (=29 cases) dont 37 questions dites « fermées (voir Annexe 2).

<sup>18</sup> Transparency International Suisse (TI Suisse) est une association qui s'engage pour la prévention et la lutte contre la corruption en Suisse. TI Suisse a été fondée en 1995 en tant qu'organisation privée, apolitique et à but non lucratif. TI Suisse est la section suisse de l'organisation Transparency International et travaille étroitement avec cette dernière ainsi qu'avec les autres sections nationales

<sup>19</sup> UNIA a accordé un entretien à la Cour. La FVE a accordé un entretien téléphonique mais n'a pas donné suite à la sollicitation de la Cour pour une séance.

### ***Présentation du projet de rapport***

En date du 3 novembre 2011, conformément à son règlement, la Cour a octroyé un délai de 21 jours au Secrétariat général du Département des infrastructures, au Service des routes (SR), au Service Immeubles, Patrimoine et Logistique (SIPAL) et à la Division des systèmes d'information (DSI) afin de leur permettre de remettre leurs éventuelles observations sur les constatations et recommandations de la Cour.

### ***Publication du rapport final***

La Cour a finalisé sa prise de position et approuvé le présent rapport public dans sa séance plénière du 28 novembre 2011.

## **12. Etudes précédentes ou en cours**

La première étude au niveau national a été réalisée par le Contrôle parlementaire de l'administration en 2002<sup>20</sup>. Consacré aux effets de l'ouverture des marchés publics aux niveaux fédéral et cantonal, il tend à démontrer que l'amélioration de la transparence ainsi que l'intensification de la concurrence ont effectivement conduit à une baisse des prix, au moins pour certains biens dits « de base », vision a été confortée par la suite par des documents de travail de la Commission européenne publiés en 2004 et en juillet 2011<sup>21</sup>. En outre, la Confédération a effectué d'autres audits transversaux de conformité dans le secteur des services<sup>22</sup>. Cet audit visait à déterminer si les procédures d'acquisitions garantissant que le recours à des prestations externes se faisait de façon économe.

Les recherches effectuées par l'équipe d'audit révèlent qu'il n'existe pour l'instant pas d'étude sur le plan cantonal vaudois.

---

<sup>20</sup> « L'ouverture des marchés publics en Suisse sous l'angle juridique et économique ». Rapport final à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national, Contrôle parlementaire de l'administration (CPA) Berne le 14.03.2002

<sup>21</sup> Le document se réfère aux études faites en relation avec les directives 2004/17 et 2004/18

<sup>22</sup> « Querschnittsprüfung Dienstleistungsverträge – Bericht über Prüfungen de Beschaffung von Dienstleistungen in fünf Bundesämtern », Contrôle fédéral des finances (CDF), 5 janvier 2005

## CHAPITRE III

# Les marchés publics vaudois: manque de transparence et absence d'outils d'analyse

Ce premier chapitre se propose de traiter le volet d'analyse des informations financières liées aux marchés publics, compte tenu de la priorité accordée par la Cour à l'examen de l'objectif prioritaire de cette législation visant à utiliser les deniers publics de manière parcimonieuse.

Un descriptif de la législation sur les marchés publics (historique, principes etc) et une analyse des principaux aspects juridiques figurent dans l'annexe I.

### 13. **Statistiques financières non disponibles pour chiffrer le volume des marchés publics vaudois**

Les statistiques de finances publiques disponibles dans le canton de Vaud ne permettent pas de calculer les dépenses strictement liées aux marchés publics<sup>23</sup>. En effet les flux financiers liés à la rubrique 31 de comptabilité publique (« Achats de biens et services ») sont certes destinés en grande partie à financer des acquisitions auprès du secteur privé, mais concernent également des achats non soumis aux marchés publics, par exemple ceux effectués auprès d'autres collectivités publiques<sup>24</sup>. Quant aux investissements<sup>25</sup>, ce sont majoritairement des dépenses soumises aux marchés publics, mais là aussi, la distinction entre les acquisitions réalisées auprès du secteur privé et auprès d'entités publiques n'est pas réalisable.

De même, il n'est pas possible de déterminer la part des montants versés par le Canton et les communes aux institutions qu'ils subventionnent qui relèvent des marchés publics<sup>26</sup>. En outre, il n'existe aucune information concernant le volume financier des marchés publics des autres collectivités assumant des tâches communales et cantonales et soumises à la législation.

Pour l'heure, seule l'estimation globale présentée au point 2 (CHF 2.5 milliards) issue d'un calcul réalisé pour l'ensemble de la Suisse est disponible.

### 14. **Informations comptables insuffisantes pour permettre un reporting des marchés publics**

Au niveau de l'Etat de Vaud, la comptabilité n'est pour l'heure pas organisée de manière à pouvoir lier les opérations concernant des versements destinés au paiement d'acquisitions publiques au fournisseur de la prestation ou au contrat correspondant<sup>27</sup>. Il n'est donc pas possible de produire une base de données à partir du système comptable centralisé permettant de réaliser un reporting des marchés publics de l'administration, les informations financières par fournisseur et par contrat n'étant pas disponibles.

<sup>23</sup> Les marchés publics sont considérés ici selon la définition au sens large à savoir peu importe le montant de l'acquisition et la procédure d'achat utilisée.

<sup>24</sup> En 2009, le montant des achats de biens et services s'est élevé à CHF 600 millions pour les communes et CHF 380 millions pour l'Etat.

<sup>25</sup> En 2009, les investissements se chiffrent à CHF 587 millions pour les communes et à CHF 160 millions pour l'Etat.

<sup>26</sup> En 2009, les subventions s'élèvent à CHF 1.8 milliard pour l'Etat et à CHF 211 pour les communes.

<sup>27</sup> Le nom du fournisseur et le numéro de contrat figurent en principe dans un seul champ « libellé de l'opération » et ne peuvent être distingués dans la base de donnée.

A la Confédération, un tel système a été implanté : chaque entreprise est identifiée selon un numéro unique et chaque flux financier est lié à un champ contenant le numéro du bénéficiaire et à un autre champ contenant le numéro de contrat. Ce système permet de tenir une statistique transversale à toute l'administration des montants versés pour chaque fournisseur et au total à l'ensemble des entreprises privées.

La mise en œuvre d'un tel système serait souhaitable pour l'Etat de Vaud<sup>28</sup>, non seulement pour tenir un reporting des marchés publics, mais également pour faciliter la gestion des contrats et les contrôles financiers. Dans le cadre des marchés publics, une analyse régulière de ce reporting peut permettre de détecter des biais dans les pratiques d'adjudication (en cas de surreprésentation d'un fournisseur) et évaluer si la collectivité publique fait jouer le jeu de la concurrence.

Pour caractériser les entreprises dans la comptabilité, la Cour recommande d'utiliser le nouveau numéro d'identification des entreprises (IDE) instauré par la Confédération et introduit pour toutes les entreprises enregistrées au registre du commerce depuis 2011<sup>29</sup>. L'IDE remplacera progressivement les multiples numéros d'identification actuellement utilisés (registre du commerce, TVA, décompte AVS etc). Un lien avec le fichier des tiers selon la clé du numéro IDE permettra de déterminer si le montant versé concerne une entité soumise ou non aux marchés publics et de pouvoir calculer, par période, le montant total correspondant. Il s'agit de profiter du changement de logiciel comptable actuellement en cours dans l'administration (SAP), qui prévoit en principe d'appliquer le principe de l'unicité du tiers (fournisseur), pour introduire cette modification de l'organisation comptable<sup>30</sup>.

## 15. Marchés publics en procédure ouverte : données disponibles mais non publiées

### 15.1 Plate-forme internet Simap.ch<sup>31</sup>

Pour les marchés passés en procédures ouverte ou sélective, la législation vaudoise impose aux adjudicateurs la publication d'informations liées à l'appel d'offres et à la décision d'adjudication dans la Feuille des avis officiels du Canton de Vaud (FAO) ainsi que sur le site internet [www.simap.ch](http://www.simap.ch)<sup>32</sup>. Les renseignements figurent sur le site depuis mai 2009, et ce, pour tous les cantons ainsi que pour la Confédération et portent sur un certain nombre de variables pour chaque marché.

<sup>28</sup> Le numéro de contrat est en principe déjà intégré dans le système comptable actuel.

<sup>29</sup> L'introduction de l'IDE repose sur une base légale : la Loi fédérale sur le numéro d'identification des entreprises (LIDE). Elle prévoit d'attribuer ce numéro non seulement aux entreprises mais également aux entités administratives des collectivités publiques. Les collectivités publiques ont jusque 2015 pour introduire ce nouveau numéro dans les registres mentionnés par la loi.

<sup>30</sup> A noter que la Confédération n'utilise pas l'IDE dans son système comptable mais un autre type de numéro unique valable au plan international. Compte tenu du faible nombre d'entreprises clientes étrangères, il est préférable pour les collectivités publiques vaudoises d'utiliser le numéro IDE utilisés dans tous les principaux registres d'entreprises et permettant de faciliter tous les types de contrôles à réaliser dans le cadre des procédures de marchés publics.

<sup>31</sup> Simap.ch (Système d'information sur les marchés publics en Suisse) est la plate-forme électronique commune de la Confédération, des cantons et des communes dans le domaine des marchés publics. Les entités adjudicatrices peuvent y publier leurs offres de manière simple et, au besoin, y joindre les formulaires de soumission. Les entreprises et soumissionnaires intéressés peuvent prendre connaissance de l'ensemble des mandats proposés en Suisse dont ils peuvent également télécharger les formulaires de soumission. L'Association simap.ch – qui appartient à la Confédération, aux cantons et à de grandes villes – est responsable de cette plate-forme. La gestion en a été confiée au Secrétariat d'Etat pour l'économie. Source : Conférence suisse des directeurs de travaux publics (DTAP)

<sup>32</sup> Pour les marchés soumis aux accords OMC/GATT, les entités adjudicatrices doivent le spécifier dans l'appel d'offre publié sur simap et dans la FAO, ce qui suffit à l'adjudicataire pour se conformer à l'obligation de publier son offre au plan international (la plate-forme simap est directement connectée par exemple à base internet TED de l'UE).

Pour les appels d'offres, les informations suivantes sont notamment publiées: date de la publication, délai de dépôt de l'offre, type de procédure, type de marché, type d'adjudicateur, nom de l'entité adjudicatrice, titre du marché etc. Si le marché a été adjugé, le nom et l'adresse de l'adjudicateur, le montant et la date figurent parmi les renseignements disponibles sur simap.ch.

La plate-forme simap.ch est conçue pour présenter en toute transparence, sous forme de liste, les appels d'offres passés en procédure ouverte ou sélective et les adjudications correspondantes. Elle constitue un outil performant pour la gestion des marchés et l'échange électronique de documents. Par contre, elle ne fournit pas de statistiques de synthèse (par exemple : total des montants par type de marché, provenance des adjudicataires etc). Ces informations sont cependant nécessaires pour dresser l'état des lieux des marchés publics concurrentiels.

Dans le cadre de cet audit, la Cour a établi une base de données contenant des informations extraites de simap.ch sur les marchés vaudois lancés en appel d'offres concurrentiels de mai 2009 à février 2011 a été constituée. Les principaux résultats sont présentés ci-après.

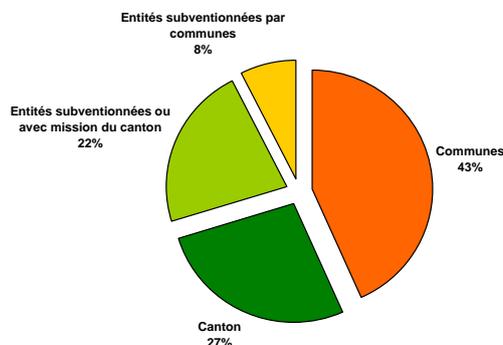
### 15.2 Les communes comptent pour la moitié des marchés publics vaudois

L'examen de la répartition des marchés par type d'adjudicateurs révèle que ce sont les communes qui ont lancé la plus grande partie de marchés en mode concurrentiel entre mai 2009 et février 2011, avec 43% des appels d'offres. Les services de l'Etat représentent le 27% des marchés, les entités subventionnées par le Canton ou avec mission cantonale: 22%, et les entités subventionnées par les communes: 8%.

Ces résultats illustrent l'importance du volume des marchés communaux qui représentent globalement un peu plus de la moitié des appels d'offres.

A noter que parmi les marchés d'entités subventionnées ou avec mission cantonale figurent des entreprises sectorielles principalement dans le domaine de l'énergie parmi lesquelles : la Romande Energie (19 marchés), Alpiq (2 marchés), la Société Forces Motrices Hongrin-Léman SA (1 marché) et Gaznat (1 marché). L'Etablissement d'assurance contre l'incendie et les éléments naturels du canton de Vaud (ECA), entité non subventionnée mais détenant une mission de l'Etat, a lancé 19 appels d'offres durant cette période.

Répartition des marchés publics mis en appel d'offres selon la procédure sélective ou ouverte pour le canton de Vaud\* par type d'adjudicateur  
Base: 668 appels d'offres publiés sur simap.ch pour Vaud de mai 2009 à février 2011



### 15.3 Données lacunaires pour plus de la moitié des appels d'offres

Selon la législation vaudoise, les entités adjudicatrices sont tenues, pour chaque appel d'offre, de publier sur simap.ch le nom de l'entreprise adjudicataire, son lieu de provenance (commune et pays) et le montant adjugé (art. 39 RLMP-VD). On constate cependant que sur les appels lancés jusqu'à décembre 2010 (soit 582 marchés), seuls 45% publient l'adjudication. Pour une trentaine d'entre eux, le prix n'a pas été indiqué.

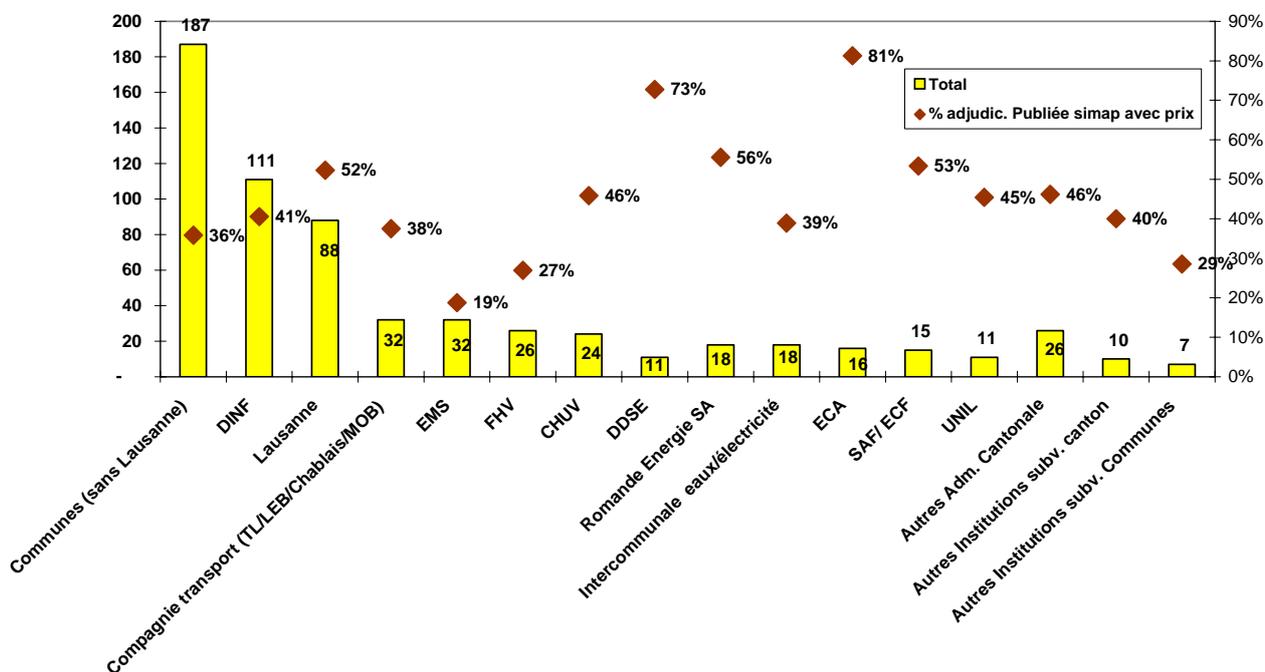
Le graphique ci-dessous représente le nombre d'appels d'offres par classe d'adjudicateurs et le pourcentage de ceux pour lesquels les données d'adjudication ont été mentionnées.

Pris globalement, le plus gros adjudicateur est sans surprise l'Etat de Vaud avec 180 appels d'offres lancés entre mai 2009 et février 2011.

Si on considère les différents départements comme des entités séparées, le résultat de la répartition des appels d'offres par adjudicateur est le suivant. Ce sont les communes (sans Lausanne) qui, ensemble, ont lancé le nombre le plus important d'appels d'offres (187), dont seuls 36% comprennent des informations sur l'adjudication. Le Département des infrastructures arrive en deuxième position avec 111 marchés, et affiche 41% d'appels comprenant des données sur l'adjudication. La commune de Lausanne arrive en troisième position avec 88 marchés, mais présente un taux de renseignement sur l'adjudication plus élevé (52%).

**Marchés publics annoncés en appel d'offres Vaud mai 2009-février 2011 (clôturés)\*: nombre d'appels d'offre et pourcentage de marchés indiqués comme adjugés par simap**

Base: 632 appels d'offres publiés sur simap.ch avec délai clôture



\*la base diffère du graphique précédent. Ici seuls les appels d'offres dont le délai de clôture est dépassé ont été considérés

Au total, pour l'ensemble des marchés avec un prix d'adjudication indiqué sur simap.ch, le montant total s'élève à CHF 448 millions pour les appels lancés entre mai 2009 et décembre 2010. La répartition des montants par type d'adjudicateurs est relativement similaire à celle du nombre d'appels d'offres ; la part du volume adjugé par les communes est toutefois légèrement plus faible en termes financiers que du point de vue du nombre de ses marchés (39% contre

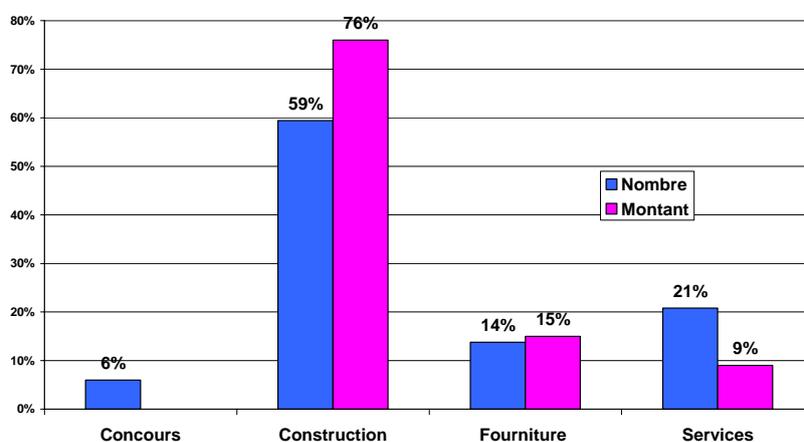
43%) ; pour les entités subventionnées par le canton, c'est l'inverse (26% contre 22%).

#### 15.4 Les marchés de construction : trois quarts des montants adjugés

Le domaine de la construction est la principale catégorie de marchés publics. Au cours de la période sous revue, 59% des marchés étaient relatifs à ce secteur, comptant pour le 76% des montants adjugés. Les fournitures représentent 14% des marchés (et des montants). Pour le secteur des services, la part constituée par les marchés (21%) est supérieure au montant qu'ils représentent (9%).

Les concours<sup>33</sup> ne représentent que 6% des appels d'offres. Pour une grande majorité d'entre eux, le prix adjugé n'a pas été indiqué expliquant l'absence l'indication sur le montant.

Répartition des marchés lancés en appel d'offres et des montants adjugés par type de marché  
Base: 260 objets adjugés avec prix et 669 appels d'offres publiés sur simap.ch de mai 2009 à février 2011



Le montant moyen par marché s'élève à CHF 1.7 millions. Il est plus élevé pour la construction CHF : 2.1 millions, alors qu'il s'établit à CHF 1.1 million pour les services et pour les fournitures.

#### 15.5 Entreprises étrangères : un nombre marginal d'adjudicataires

Cette information est intéressante à publier, compte tenu du fait que les marchés publics ont depuis toujours la réputation de nuire à l'économie locale et l'ouverture des marchés à des soumissionnaires externes celle d'entraîner des pertes fiscales pour les collectivités publiques.

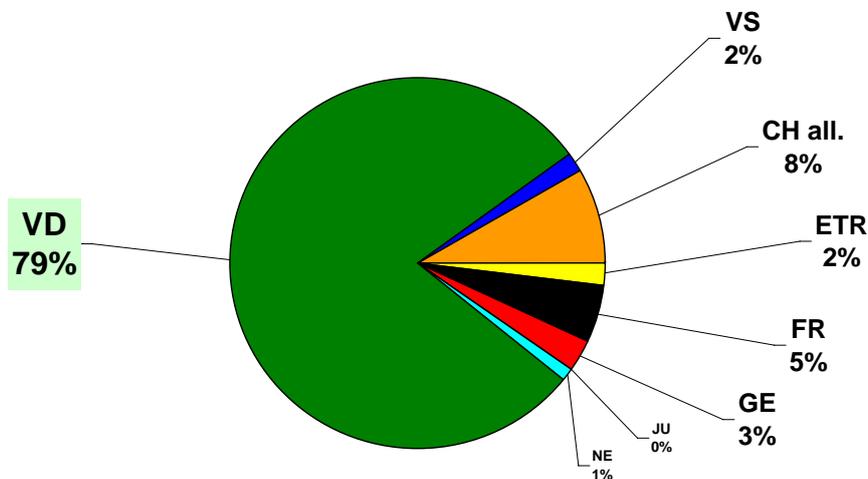
Les 260 marchés passés en appel d'offres en procédure ouverte durant la période sous revue pour lesquels les données d'adjudication ont été introduites sur simap correspondent à 400 lots différents, que l'on peut donc répartir selon la provenance de l'adjudicataire.

On constate ainsi qu'une très forte majorité des adjudicataires sont situés dans le canton de Vaud (79%). Les résultats sont du même ordre de grandeur pour le canton de St-Gall. Ces chiffres contredisent ainsi les préjugés liés à cette

<sup>33</sup> le concours est « en principe, la procédure à suivre lorsque le choix d'un projet nécessite l'évaluation préalable de diverses solutions, notamment sous l'angle conceptuel, esthétique, structurel, écologique, économique ou technique (cf notamment arrêt du TA GE.2003.0064 et de la CDAP MPU.2008.0004 )

législation suggérant que l'ouverture des marchés entraînerait l'arrivée massive d'entreprises provenant d'autres cantons ou de l'étranger<sup>34</sup>.

Répartition des marchés adjugés (lots) selon la provenance de l'adjudicataire  
Base: sur 400 lots adjugés simap.ch Vaud passés en appel d'offres concurrentiel mai 2009 à décembre 2010



### Constatation

On note de plus que la part des entreprises provenant de l'étranger ne représente que le 2% des marchés adjugés (sur la base des données disponibles).

### 15.6 Publication de statistiques : un pas de plus vers la transparence

Les données simap.ch pour Vaud sont disponibles depuis 2000 ; la Cour a vérifié qu'il était possible d'extraire facilement les données du système permettant de produire régulièrement des statistiques comme celles figurant ci-avant<sup>35</sup>.

La publication des statistiques extraites de simap.ch pour le canton contribuerait à améliorer la transparence dans le domaine des marchés publics. Quelle est l'évolution du volume d'argent public injecté chaque année dans l'économie privée pour les marchés ouverts ? Pour quels types d'acquisition et quel genre d'adjudicateur ? Comment évolue la part d'entreprises étrangères obtenant des marchés ? Les données figurant dans la base de données simap.ch peuvent être également utile pour des analyses de benchmark sur les prix d'adjudication par type de marchés.

A noter qu'en Suisse, deux cantons : St-Gall et les Grisons publient régulièrement de telles statistiques à partir des données simap.ch

<sup>34</sup> La localisation de l'entreprise ne concerne pas forcément le siège de la maison-mère. Il peut s'agir d'une filiale.

<sup>35</sup> Il faut toutefois tenir compte du fait que certains marchés vaudois sont gérés en collaboration intercantonale (économat, fourniture scolaires, ordinateurs) ne figurent pas forcément dans la base de données du canton de Vaud. Mais ces marchés étant connus, il est possible de procéder à une correction des résultats pour obtenir une estimation du montant global des marchés publics concurrentiels.

## 16. Impact des marchés publics sur les prix : impossible à chiffrer au niveau vaudois...

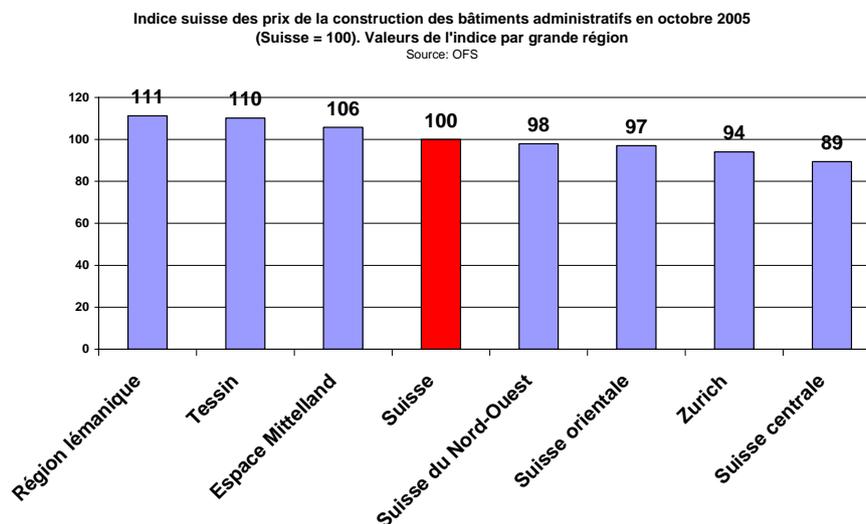
Comme la Cour l'a indiqué précédemment, compte tenu du manque de données financières adéquates pour un reporting de marchés publics et de l'actuelle absence d'exploitation de la base de données simap.ch (par ailleurs lacunaire pour les données d'adjudication), l'analyse de l'impact de la législation sur les prix n'est actuellement pas réalisable dans le canton de Vaud. Aucune étude, à la connaissance de la Cour, n'a été entreprise au niveau vaudois pour tenter une évaluation.

Des études menées par la Confédération indiquent que la législation sur les marchés publics tendrait à faire pression sur les prix<sup>36</sup>. Ces analyses constituent toutefois des estimations, car les informations cantonales et communales lacunaires.

## 17. ...mais le niveau de prix est de 11% plus élevé pour les constructions publiques dans la région lémanique

Un examen des statistiques de prix produites par l'Office fédéral de la statistique (OFS) montre toutefois qu'il existe une forte disparité de prix entre les régions du pays, pour le secteur de la construction, notamment pour les bâtiments administratifs, domaine donc entièrement soumis aux marchés publics.

Dans une publication datant de 2006<sup>37</sup>, l'OFS révèle en effet que c'est la région lémanique qui affiche un indice de prix de la construction de bâtiments administratifs le plus élevé de Suisse, les prix y étant de 11% supérieurs à la moyenne nationale en 2005<sup>38</sup>. Et la statistique de l'évolution des prix par grandes régions indique que l'écart s'est maintenu entre les régions en 2011.



<sup>36</sup> Une analyse de l'impact des marchés publics dans le secteur de la construction a été menée par la Confédération ; elle estime que le surcoût dans ce secteur dû au manque de concurrence a fléchi, s'élevant à 6.8% en 2000 et 3.8% en 2006 (voir article « La libéralisation des marchés publics en Suisse et ses répercussions sur le secteur de la construction », Pr Stefan Felder et Christian Podgorski, La vie économique 3-2010)

<sup>37</sup> Statistique suisse des prix de la construction – Comparaison des niveaux des prix de construction entre les grandes régions de la Suisse, état octobre 2005, OFS, Neuchâtel 2006

<sup>38</sup> A noter que de tels écarts se retrouvent également pour l'ensemble du secteur de la construction.

Selon l'OFS « Il est toutefois très difficile de déterminer lesquelles des multiples causes pouvant expliquer les écarts de prix constatés entre régions ou selon les branches interviennent réellement »<sup>39</sup>. Des facteurs régionaux, comme les normes en matière de construction peuvent par exemple varier d'un canton à l'autre. Mais il n'en reste pas moins que cette forte disparité en matière de prix porte à s'interroger sur l'efficacité de la concurrence dans certaines régions, sur laquelle les marchés publics devraient avoir une influence positive. Et la Cour ne peut que regretter l'absence d'étude ou d'investigation au niveau vaudois sur les raisons motivant le surcoût du secteur de la construction de bâtiments administratifs pour la région lémanique (incluant Genève, Vaud et le Valais).

## 18. En conclusion : transparence et analyse à développer

Le domaine des marchés publics vaudois n'est donc **pas transparent**, faute d'informations de synthèse publiées. Il est à regretter que, pour une législation qui suscite autant de controverse, des efforts n'aient pas été consentis pour assurer un minimum de transparence quant à ses effets, ce qui permettrait d'une part de mettre en lumière les réelles problématiques afin d'y apporter des solutions et à l'inverse de mettre un terme à des préjugés sans fondement qui portent atteinte à sa légitimité.

Une exploitation des données à disposition permet par exemple de prouver que la loi sur les marchés publics n'entraîne pas, pour l'heure, une « invasion » d'entreprises étrangères nuisibles à l'économie locale, et ce contrairement à la réputation que d'aucuns lui attribuent<sup>40</sup>.

Des mesures relativement simples pourraient être mises en œuvre pour améliorer la transparence en matière de marchés publics, en assurer un suivi.

De plus, et ce indépendamment de la législation sur les marchés publics, la gestion des acquisitions de prestations nécessite des outils de contrôle et de pilotage offrant la transparence en matière de flux financiers par contrat et par fournisseur. Ces outils font défaut actuellement chez la plupart des adjudicateurs, en particulier à l'Etat de Vaud, dont le système comptable actuel n'est pas conçu dans cette perspective.

Pour les principaux adjudicateurs, l'Etat de Vaud en particulier, un système de reporting des marchés publics à partir des données comptables fournirait, à l'image du modèle instauré à la Confédération, un outil de pilotage permettant de faciliter les contrôles des flux financiers liés aux contrats à des fins de gestion interne. Dans le cadre des marchés publics, un tel outil permettrait de procéder aisément aux vérifications concernant la conformité des procédures de marchés publics, qui actuellement doivent s'effectuer « à la main ».

---

<sup>39</sup> Newsletter : Informations sur la statistique des prix de la construction, OFS, décembre 2008

<sup>40</sup> A noter que cette situation n'est toutefois pas immuable, en particulier si le franc suisse reste à un niveau élevé face à l'euro. Il est d'autant plus utile de pouvoir connaître l'évolution des parts de marchés des entreprises étrangères dans les acquisitions publiques pour permettre, le cas échéant de prendre des mesures adéquates en matière de politique de promotion économique locale.

## Développer la transparence et les outils d'analyse des marchés publics vaudois:

**Introduire les données exhaustivement sur simap.ch et exploiter cette base de données à des fins descriptives et analytiques**

### Constatation no 1

La plate-forme internet simap.ch (système d'information des marchés publics) est un outil performant de diffusion des appels d'offres concurrentiels et d'échange électronique de documents.

Par contre, contrairement à ce qu'exige la législation, les adjudicateurs n'indiquent pas systématiquement les informations concernant l'adjudication sur simap.ch (adjudicataire, prix etc). L'objectif de transparence des marchés publics défini par la législation n'est pas atteint.

De plus, aucune information de synthèse ni statistique ne sont réalisées à partir des données simap.ch. Or, il s'agit d'éléments centraux pour établir un état des lieux des marchés publics vaudois et en assurer le suivi (en termes de volume, type de marchés, d'adjudicateur, d'adjudicataire etc), afin de disposer d'un outil analytique permettant d'en améliorer la gestion.

### Recommandation no 1

- Introduire systématiquement les informations concernant l'adjudicataire et le prix sur simap.ch conformément à l'art. 36 RLMP-VD. Un contrôle doit être organisé pour vérifier la conformité de cette disposition (voir recommandation no 5)
- Exploiter la base de données des marchés publics concurrentiels (simap.ch) et produire régulièrement des statistiques visant à établir un état des lieux des marchés concurrentiels et suivre leur évolution.

**Produire un reporting des marchés publics à des fins de contrôle et d'analyse de performance**

### Constatation no 2

Au niveau des principaux adjudicateurs, il n'y a généralement pas de reporting des marchés publics, ni d'analyse réalisée pour assurer le suivi des projets et permettre les contrôles au niveau financier (conformité des procédures).

A l'Etat de Vaud, le système comptable actuel n'est pas organisé pour permettre un tel reporting.

### Recommandation no 2

Organiser le système informatique comptable de manière à pouvoir produire un reporting des marchés publics par contrat et par fournisseur, pour assurer un suivi et un contrôle financier des projets. Le principe d'unicité du tiers (en particulier du fournisseur) doit être appliqué dans le système.

## CHAPITRE IV

# Fonctionnement des marchés publics concurrentiels dans le canton de Vaud

Ce chapitre présente l'organisation des marchés publics concurrentiels vaudois ainsi que les différentes instances officielles en charge des questions liées aux marchés publics situées aux niveaux suisse et supra-cantonal.

### 19. Au niveau suisse et intercantional : plusieurs structures d'échange mais sans mission de pilotage

Les instances oeuvrant au niveau supracantonal en matière de marchés publics sont de trois types :

- Au niveau suisse, la Commission Marchés publics Confédération Cantons (CMCC), qui regroupe tout d'abord des représentants de la Confédération et des cantons, est l'organe répondant du respect des accords OMC par la Suisse. Il se charge également des projets de modification de la législation.
- Au niveau intercantional, l'instance chargée de coordonner les projets de modification de l'AIMP est la Conférence des directeurs cantonaux des travaux publics, représentée par le Chef du DINF pour le canton de Vaud.
- Au niveau régional a été créée en 1998 la Conférence romande des marchés publics (CROMP), sous l'impulsion du Canton de Vaud, afin de pallier le manque de support et d'outil pour gérer les marchés publics. La CROMP qui se réunit régulièrement a notamment élaboré le Guide Romand des marchés publics, épais document qui constitue en quelque sorte la « bible » de l'organisation des marchés publics au niveau romand. La CROMP met à jour régulièrement ce document de référence.

On note que ces structures officielles sont plutôt investies d'une mission de coordination. Elles disposent de peu de moyens pour fournir un appui aux cantons dans la législation et pour piloter la gestion de son application. Les communes, qui organisent la moitié des marchés publics cantonaux, n'y sont représentées que par le biais des cantons.

Le travail effectué au sein de ces différentes structures a contribué à harmoniser les législations cantonales par l'AIMP et à généraliser la plate-forme internet [simap.ch](http://simap.ch) d'annonce des marchés publics et d'échanges électronique d'information. On souligne ici le rôle moteur joué par le Canton de Vaud dans cette avancée, la plate-forme [simap.ch](http://simap.ch) ayant été élaborée par le DINF qui joue un rôle actif dans la mise à jour du Guide Romand.

On note toutefois que ces instances ne disposent pas de mission de pilotage, ni de contrôle. Elles s'avèrent insuffisante pour apporter une réponse aux problèmes d'application de la législation et à fédérer les intérêts parfois divergents exprimés par les divers acteurs. Une telle organisation fait que les limites en matière d'harmonisation et de mutualisation des pratiques semblent avoir été atteintes. L'échec de la révision de la loi suisse sur les marchés publics en 2008 qui visait pourtant à créer une législation commune entre les cantons et la Confédération, rejetée en bloc par les cantons, dont le Canton de Vaud, paraît être illustratif de cette situation.

## 20. Canton de Vaud : une organisation en place mais sans structure de surveillance

### 20.1 Outils performants mis en place au départ...

Dans la foulée de l'entrée en vigueur de l'accord Suisse-GATT/OMC, le canton de Vaud s'est rapidement attelé à la mise en place de l'organisation des marchés publics vaudois.

Au DINF, un poste de travail existant a été dévolu à la mise en place de la législation sur les marchés publics. Ceci a permis de mettre sur pied:

- des outils de gestion et support d'informations comme le Guide Romand.
- la plate-forme simap.ch<sup>41</sup>, créée par le DINF pour la gestion des appels d'offres cantonaux, système qui a été généralisé à toute la Suisse depuis 2009.
- une structure de support et de coordination nommée le centre de compétence sur les marchés publics du canton de Vaud (CCMP-VD) créée en 2008, composée de représentants des principaux services adjudicateurs de l'Etat. Le CCMP-VD qui gère la plate-forme vaudoise simap.ch et offre un support de premier niveau pour les adjudicateurs.
- un cours de formation générale sur les marchés publics organisé par le Centre d'éducation permanente de l'Etat de Vaud (CEP). D'une durée de deux jours, il est ouvert non seulement aux collaborateurs de l'administration, mais également aux partenaires externes (communes, institutions subventionnées, consultants, entreprises soumissionnaires).

### 20.2 ...mais l'effort s'est progressivement amenuisé

Le dynamisme du Canton de Vaud, qui s'est manifesté au départ de la mise en place de la législation sur les marchés publics et qui a permis d'élaborer des outils performants de gestion, s'est progressivement ralenti. Aucun nouveau projet n'a été initié, par exemple en vue d'évaluer la performance de la loi et d'harmoniser et optimiser les pratiques. Le Canton assure la maintenance des conditions-cadres et l'organisation des formations de base.

### 20.3 Cercle des adjudicateurs : zones floues au-delà du noyau de base

Le nombre d'entités adjudicatrices du canton n'est pas connu, et varie dans le temps, mais s'élève à un peu moins d'un millier. Sont soumis à la législation cantonale :

- Les 339 communes (au 1<sup>er</sup> juillet 2011).
- L'Etat qui, s'il représente une entité en tant que personnalité juridique, délègue aux services le rôle d'entité adjudicatrice (ou le Conseil d'Etat à partir d'un certain montant), ce qui représente environ 55 entités différentes.
- Les marchés subventionnés à plus de 50% de leurs coûts.

---

<sup>41</sup> Voir point 15.1

- Les entités assumant des tâches cantonales ou communales non commerciales, l'établissement cantonal d'assurance contre l'incendie (ECA), tous les hôpitaux publics ou d'intérêt public (ou groupements d'hôpitaux), les établissements médico-sociaux, les institutions pour handicapés, les entreprises de transports, et toute institution ou fondation quel que soit son domaine (culture, social, santé, promotion économique etc) qui bénéficie d'un tel taux de subvention. On note que certaines de ces entités peuvent avoir un caractère temporaire comme les entreprises de corrections fluviales (ECF), structure indépendante financée en majorité par des fonds publics et regroupant des partenaires provenant de plusieurs secteurs, destinées à réaliser des travaux liés aux cours d'eau. La loi vaudoise sur les marchés publics prévoit cependant d'exempter la Banque Cantonale Vaudoise du cercle des adjudicateurs.

A noter que, si pour les entités mentionnées ci-dessus, la qualité ou non d'adjudicateur est clairement établie, il existe des zones floues pour un certain nombre de cas. Par exemple les caisses de pensions de droit public, sont pourtant citées explicitement dans la loi vaudoise sur les marchés publics comme faisant partie du cadre des adjudicateurs, sont de fait exemptées de procéder à des appels d'offres pour les activités relevant de la gestion du patrimoine de leurs assurés<sup>42</sup>. C'est ce qui ressort d'un avis juridique demandé par la Cour, basé sur la jurisprudence. Pourtant, le libellé de la loi ne permet pas de parvenir facilement à cette conclusion.

On remarque à ce sujet que certains cantons, comme le Valais, ont procédé à une analyse et ont défini précisément le cercle des adjudicateurs en affichant sur leur site internet consacré aux marchés publics la liste des entités assujetties aux marchés publics.

#### **20.4 Champ d'application et définition du marché: imprécisions de la loi**

De même, le champ d'application, soit les marchés soumis, n'est pas précisément défini. Les marchés entrant dans le cadre des marchés publics selon les règles OMC sont précisément répertoriés, mais ils ne recoupent pas dans tous les cas les marchés assujettis aux lois en vigueur pour les cantons<sup>43</sup>. Une simple lecture de la loi et du règlement ne permet pas de percevoir ces subtilités.

De même la définition des marchés soumis, selon leur taux de subventionnement public n'est pas toujours précise. Quels coûts faut-il prendre en considération ? Les coûts directs ou l'ensemble des coûts ? Pour des entités subventionnées assumant à la fois des tâches cantonales, comment estimer le taux de subventionnement du marché ? Comment considérer les structures issues d'un partenariat public-privé (PPP) au regard de la législation sur les marchés publics ?

Les textes législatifs n'apportent pas de réponse évidente à ces questions. Il faut, là aussi, se référer à la jurisprudence ou solliciter un avis juridique.

---

<sup>42</sup> L'article 1 alinéa 2 de la LMP-VD stipule que « La présente loi régit les marchés publics(...) des autres collectivités, notamment les caisses de pension assumant des tâches cantonales ou communales dans la mesure où elles n'ont pas de caractère commercial et industriel »

<sup>43</sup> Par exemple le marché de l'assurance-accident ou de la prévoyance professionnelle du personnel d'une collectivité publique n'est pas compris dans la liste OMC et n'est donc pas soumis aux règles de marchés publics lorsque sa valeur dépasse les seuils internationaux (CHF 383'000) alors qu'il relève de la législation indigène (LMI et AIMP). Source : Canton du Valais - Groupe de travail chargé de préciser et d'uniformiser l'application des dispositions législatives en matière de marchés publics et de compétences financières – « Rapport à l'intention du Conseil d'Etat », décembre 2007

La définition du marché elle-même n'est pas limpide. Là aussi, la lecture de la loi ne nous apporte pas de définition claire sur la manière de calculer la valeur du marché. Il faut se référer à la jurisprudence pour obtenir une réponse. Concernant les marchés répétitifs, la Cour a sollicité un avis juridique. Il précise que pour les contrats de durée déterminée, le marché doit se calculer pour toute la valeur du contrat et ne doit pas être reconduit au-delà de cinq ans. Pour les contrats de durée indéterminée la valeur du marché est calculée sur quatre ans. La reconduction tacite d'un contrat, n'est en principe pas autorisée.

Le périmètre du marché est également sujet à controverse. En matière de construction par exemple, la définition diffère selon qu'on se réfère à la législation internationale ou nationale. Pour les marchés soumis aux traités internationaux, c'est la valeur totale de tous les travaux qui détermine la procédure à adopter, tandis que la législation nationale autorise de fragmenter le marché total, pour autant que l'on soit à l'intérieur du périmètre défini par le code de frais de construction (CFC) à trois chiffres<sup>44</sup>. Là encore, cette définition ne figure pas dans les textes législatifs.

Dans l'annexe 1, figure une explication de la définition du marché élaborée selon une approche pragmatique (voir sous chapitre II de l'annexe 1 point 2.1).

### **20.5 Recours: seul moyen de pression pour assurer la conformité des procédures**

Conformément à la loi, un soumissionnaire évincé de l'adjudication a la possibilité de déposer un recours à la Cour de droit administratif et public (CDAP) s'il estime qu'une irrégularité s'est produite lors de l'adjudication. De même les appels d'offres sont également soumis à recours. Le cercle des entités habilitées à recourir se limite cependant aux soumissionnaires adjudicataires potentiels. La Commission à la concurrence (COMCO) dispose également d'un droit de recours, dans la mesure où une irrégularité entravant les règles de concurrence a été constatée lors de la passation d'un marché.

Le risque de recours est de fait le seul moyen de pression exercé sur l'adjudicateur pour assurer la conformité des procédures. Le chapitre V présente la situation dans le canton de Vaud en matière de recours.

### **20.6 Autorité de surveillance: pouvoir de sanction...mais sans moyen d'investigation**

L'autorité de surveillance des marchés publics pour le canton de Vaud est le Département des infrastructures (DINF). Il dispose de la possibilité d'infliger une sanction à l'adjudicateur en cas de violation grave des règles régissant les marchés publics (LMP-VD art 14a). Le DINF a infligé plusieurs amendes en lien avec des infractions à la loi sur le travail au noir (LTN) constatées sur des chantiers publics par les inspecteurs du travail de la commission des chantiers<sup>45</sup>.

S'il détient la compétence de sanctionner un soumissionnaire n'ayant pas respecté la loi, le DINF n'est investi d'aucun pouvoir d'investigation. Comme

<sup>44</sup> Par exemple pour le gros œuvre 2 les travaux de ferblanterie (CFC 222) et d'installation de fenêtres et portes extérieures (CFC 221) peuvent être considérés séparément.

<sup>45</sup> Le chapitre VIII traitera plus précisément des contrôles en matière de respect des lois relatives à la protection des travailleurs et à l'autorisation de travail et de séjour.

le précise la législation, il ne peut agir que sur « dénonciation ». Même s'il constate une non-conformité, il ne peut intervenir pour la corriger ou la dénoncer de lui-même.

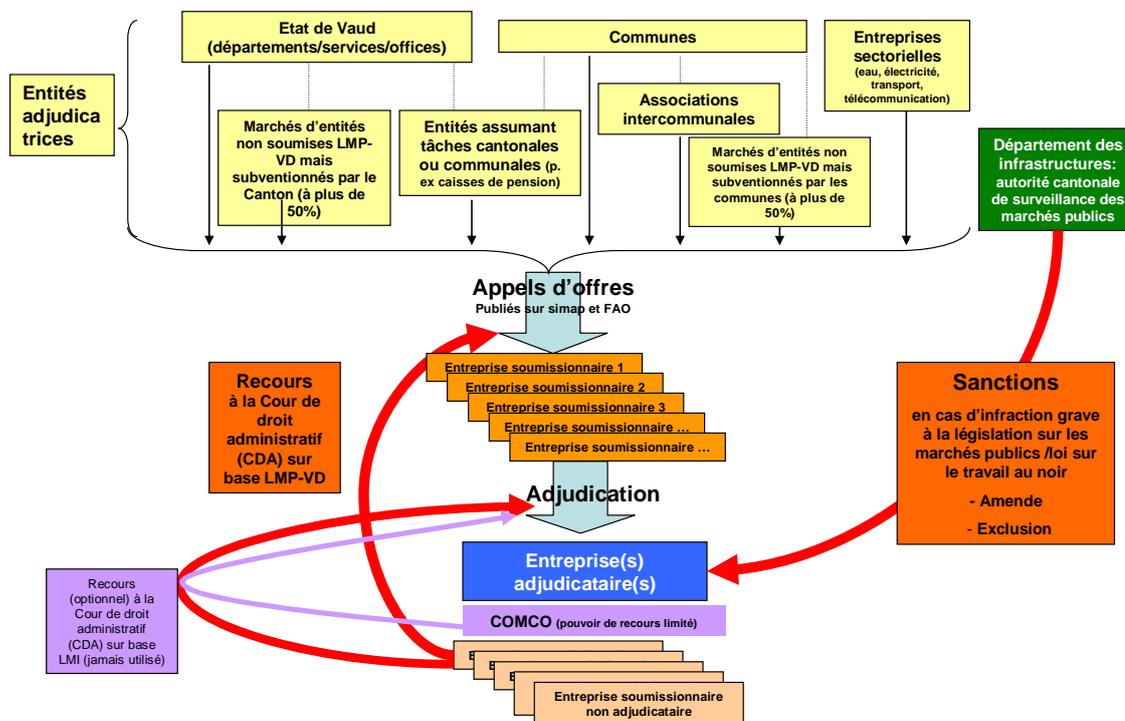
### 20.7 Absence d'un système centralisé de surveillance

On relève qu'au regard de la loi, aucune instance n'est tenue de procéder à la surveillance de l'adjudicateur en matière de respect de la législation sur les marchés publics dans le canton de Vaud. C'est à l'adjudicateur lui-même que revient cette tâche, qu'il doit réaliser par auto-contrôle.

### 20.8 Schéma récapitulatif

Le fonctionnement des marchés publics concurrentiels vaudois peut être schématisé ainsi :

#### Les marchés publics dans le canton de Vaud (procédure ouverte ou sélective)



### 20.9 Disparité problématique de qualité des appels d'offres

Un premier examen de l'organisation des marchés publics concurrentiels vaudois montre que le processus est bien défini et le rôle des intervenants délimité. Il subsiste par contre un manque de clarté dans la définition du cercle des adjudicateurs et la notion de marché et de valeur du marché. Ni la législation vaudoise, ni les documents produits officiellement en support à l'application cantonale de cette législation, ne clarifient ces aspects clé, actuellement flous.

On note encore que le Département des infrastructures, bien qu'investi de la mission « d'autorité cantonale de surveillance des marchés publics », n'a de fait pas de moyens d'investigation pour contrôler la conformité des procédures. Son rôle, dynamique lors de la mise en place de la législation sur

les marchés publics, s'est réduit et se limite à mettre en place les conditions-cadres pour l'application de la loi, en assurer le suivi. En matière de surveillance sa mission consiste à prononcer des sanctions, qui relèvent exclusivement d'infractions à la loi sur le travail au noir. Mais il ne procède à aucun contrôle relatif à la conformité des procédures de marchés publics.

Le canton de Vaud a opté pour un choix de ne pas doter la législation sur les marchés publics d'objectifs spécifiques, ni d'accorder des moyens d'action, de pilotage et de contrôle. Les outils de support se limitent au strict minimum. Cette responsabilité d'organisation et de contrôle est entièrement reportée sur l'entité adjudicatrice.

A ce stade, la Cour ne peut que constater la difficulté à laquelle se heurte un adjudicateur non rompu aux arcanes des marchés publics à organiser un appel d'offres de manière efficace et conforme à la législation. Le recours à des consultants externes est généralement nécessaire pour réaliser la procédure.

Cette situation engendre des risques de disparité d'application et de qualité dans la gestion des procédures. Selon l'avis de plusieurs experts et intervenants externes, ces risques sont avérés : certains appels d'offres sont insuffisamment préparés et précis. Les conséquences sont néfastes à la fois pour les adjudicateurs et pour les entreprises soumissionnaires qui, face à de tels appels d'offres, perdent un temps considérable à présenter un projet qui ne répond souvent pas aux attentes, insuffisamment formulées.

Ce constat a par ailleurs amené la SIA Vaud à mettre sur pied un « observatoire des marchés publics vaudois », à l'image de celui mis en place par la SIA Genève, visant à attribuer des notes aux différents appels d'offres. Les appels d'offres auxquels il est déconseillé de répondre parce que mal formulés et nécessitant un investissement trop important pour les soumissionnaires, sont clairement mis en évidence.

Le choix politique étant de faire reposer la responsabilité d'organisation, de suivi et de contrôle des procédures de marchés publics sur l'entité adjudicatrices, aucune recommandation n'est formulée à ce stade. Le chapitre suivant examinera la situation à l'Etat de Vaud, pouvoir adjudicateur de l'administration cantonale.

## CHAPITRE V

### Recours: incitatif important pour assurer la conformité des procédures mais pas suffisant

#### 21. Trois appels d'offres concurrentiels sur cent font l'objet d'un recours avec jugement

En moyenne, vingt recours sont déposés à la Cour de droit administratif et public par année. Un peu moins de la moitié sont retirés. Au total entre dix et quinze recours font l'objet d'un jugement, soit environ 3% des appels d'offres (on estime à 370 environ le nombre d'appels d'offres concurrentiel par année). Les recourants obtiennent gain de cause dans moins de la moitié des cas (5 en 2009 et 4 en 2010).

Les motifs des retraits de recours sont variables. Compte tenu du court délai fixé par la loi pour déposer le recours (10 jours après la notification ou la publication de l'appel d'offres ou de la décision d'adjudication), un certain nombre de recours sont déposés avant même que les chances de succès n'aient été évaluées. Une fois que cette démarche, nécessitant temps et ressources, a été réalisée, ne sont maintenus que les recours basés sur des éléments solides. Comme l'avait déjà constaté l'audit du Contrôle parlementaire de l'administration en 2002<sup>46</sup>, il n'est pas à exclure que certains recours sont retirés, ou ne sont pas déposés, par « crainte de représailles » de la part de l'adjudicateur lors d'un prochain appel d'offres.

Cela explique le faible nombre de marchés publics déclarés non conformes par voie de tribunal, soit environ 1%. On rappelle à ce stade que le nombre restreint de recourants potentiels, seuls les soumissionnaires évincés, et ayant eu des chances de remporter le marché, ont qualité pour recourir, ce qui limite de fait les possibilités de recours et explique leur faible fréquence. Le nombre total de marchés non conformes est vraisemblablement plus élevé.

*Nombre de recours en matière de marchés publics dans le canton de Vaud en 2009 et en 2010*

Entité adjudicatrice	2009				2010			
	Nombre de recours		Arrêt en faveur de		Nombre de recours		Arrêt en faveur de	
	Déposés	Retirés	Adjudicateur	Recourant	Déposé	Retirés	Adjudicateur	Recourant
Etat de Vaud					4	4		
Entités subventionnées	4	2	1	1	8	5	1	2
Communes	15	6	5	4	20	11	7	2
Totaux	19	8	6	5	28	16	8	4

Source : CDAP

<sup>46</sup> Voir note 7

## 22. Marchés communaux davantage sujets à recours que les marchés cantonaux

On note que ce sont majoritairement les marchés publics communaux qui sont sujets à recours. Les marchés publics de l'Etat de Vaud n'ont pas fait l'objet de recours passés en jugement en 2009 et en 2010. Cela s'explique par le fait que les principaux services adjudicateurs de l'Etat adjugent un plus grand nombre de marchés et bénéficient donc d'une expérience, que les communes de petite ou moyenne importance n'ont pas, ce qui les expose donc davantage au risque de recours.

Si, dans le cadre de cette étude, nous avons, afin de limiter l'ampleur de l'audit, renoncé à auditer les communes, qui représentent 43% des marchés ouverts, il faut toutefois mentionner qu'au cours de l'étude préliminaire à cet audit, un examen avait porté sur les marchés publics des communes. Les préavis municipaux des communes de plus de 3000 habitants (et publiant leurs préavis sur internet) et portant sur le financement de construction, fournitures ou services dont le montant dépasse les seuils des procédures ouvertes ont été mis en regard des appels d'offres figurant sur le site simap.ch. Il a été constaté qu'un nombre important d'objets passés en préavis ne trouvaient pas leur correspondant sur simap.ch et n'ont donc pas été lancés en appel d'offres concurrentiel, présentant donc un risque de non-conformité de procédure<sup>47</sup>.

Les experts consultés dans le cadre de l'audit ont également relevé que, de manière générale, les marchés des communes, plus particulièrement celles de petite ou moyenne taille et peu confrontées à l'organisation de marchés publics, étaient plus fréquemment non conformes que les marchés d'adjudicateurs expérimentés.

## 23. Recours plus fréquents en cas de concurrence accrue

La répartition des recours par grande catégorie de marchés est la suivante : 53% concernent les marchés de construction, 17% les biens et fournitures, 18% les services et 12% les concours<sup>48</sup>. Cela correspond à la répartition des appels d'offres, avec une légère surreprésentation des concours dans les recours.

Il paraît toutefois évident que le système des recours ne fonctionne que pour les secteurs où un minimum de concurrence est présent et n'est pas entravé par des ententes cartellaires<sup>49</sup>. Tous les domaines ne sont donc pas exposés aux recours de manière égale.

Concernant les motifs de recours, ils portent surtout sur l'appréciation des critères et sous-critères d'adjudication (50% des cas), sur des questions d'exclusion de l'offre dans 40% des cas et pour d'autres motifs pour 10% des cas (configuration du marché, interruption du marché, exigences prétendument discriminatoires etc.). On relève ainsi que les marchés qui échappent aux procédures d'appels d'offres en mode concurrentiel bien que le montant qu'ils représentent soit situé au-dessus des valeurs-seuil, ne font que rarement l'objet de recours alors qu'il

<sup>47</sup> Ce simple examen ne suffit toutefois pas à conclure à une non-conformité. Il est nécessaire d'examiner en détail comment le marché a été fractionné et si ce fractionnement est conforme aux règles de marchés publics.

<sup>48</sup> Source : CDAP, sur base des recours déposés en 2009 et 2010

<sup>49</sup> A ce sujet la Commission à la concurrence (voir chapitre X), identifie les marchés exposés aux risques de cartels comme ceux comprenant peu d'entreprises, où il n'existe pas ou peu d'entrées sur le marché, où les conditions de marché sont stables, où des associations professionnelles existent, pour lesquels des appels d'offres sont répétés et réguliers, où les produits sont identiques ou simples et où les modifications technologiques sont de peu d'importance.

s'agit de la non-conformité le plus fréquemment observé (notamment au cours des précédents audits de la Cour, voir point 5 de ce rapport)

## **24. Effet suspensif et procédure judiciaire : incitatif important à respecter la législation...mais insuffisant**

Si les recours ont un impact inégal sur les différentes catégories de marché et ne portent pas forcément sur les aspects de l'application de la loi les plus problématiques, force est de constater que, pour les domaines où règne la concurrence, ils créent, malgré leur faible probabilité de survenance, un incitatif non négligeable au respect des procédures de la part de l'adjudicateur. Cet effet est moins dû à la crainte des frais occasionnés par la perte d'un recours, les émoluments s'élevant généralement entre CHF 2'000 et 5'000, et les dépens de CHF 2'000, qu'à la lourdeur occasionnée par la procédure de justice et par le retard engendré pour le projet, l'effet suspensif étant souvent accordé.

Le retard dans la réalisation du projet engendré par la procédure de recours est l'élément principal incitant l'adjudicateur à respecter les règles de marchés publics. En moyenne en effet, le nombre de jours séparant la date du recours et celle du jugement s'élève à 142 jours (et peut aller jusqu'à 250 jours)<sup>50</sup>.

En conclusion de ce chapitre, on relève à ce stade que les recours constituent un incitatif nécessaire afin que les adjudicateurs appliquent les procédures de marchés publics conformément à la législation, mais, étant donné leur portée inégale sur les différents types de marchés, ils ne sont pas suffisants à garantir le respect de la législation.

---

<sup>50</sup> Sur la base des jugements de la CDAP portant sur des recours en matière de marchés publics entre juin 2009 et mai 2011.

## CHAPITRE VI

### Organisation interne à l'Etat de Vaud : grande diversité d'application entre les services

Comme annoncé au chapitre II, la Cour a examiné plus en détail le mode d'organisation général mis en place pour gérer les marchés publics en ce qui concerne l'administration centrale soit les services de l'Etat et le CHUV. L'objectif est non seulement de présenter un portrait descriptif de cette organisation et de l'analyser, mais aussi de recueillir l'appréciation des adjudicateurs sur les outils à disposition et le système en général. Dans ce but, un questionnaire a été adressé à 25 services adjudicateurs (ou potentiellement adjudicateurs) de l'administration centrale (services, secrétariat généraux et CHUV), qui ont tous répondu. Les questions relatives à la gestion des conflits d'intérêts et des collusions sont traitées au chapitre X et celles liées au contrôle des conditions de participation des soumissionnaires, au chapitre VIII). Des entretiens ont eu lieu avec trois importants services adjudicateurs de l'Etat pour les trois types d'acquisitions (construction, fournitures et services). Pour la construction ce sont le service des routes (SR) et la division architecture et ingénierie du Service immobilier, patrimoine et logistique (SIPAL) qui, ont été consultés, pour les fournitures c'est la centrale d'achat de l'Etat de Vaud (CADEV) et pour les services, la division exploitation du SIPAL et la Direction des système d'information (DSI). Une séance a également eu lieu avec le Secrétariat général du DINF pour faire le point sur l'organisation mise en place au niveau central et les ressources consommées.

#### 25. Principe d'organisation : la responsabilité aux services

##### 25.1 Règlement interne : la directive « Druide 123 »

Le cadre réglementaire pour l'organisation des marchés publics est tout d'abord fixé par la législation : loi et règlement, ainsi que par la directive interne à l'Administration nommée Druide 123. Cette dernière a été révisée durant la phase de réalisation de cet audit. Jusqu'en octobre 2011, elle réglementait uniquement la phase d'adjudication en précisant de manière détaillée la question des signatures de l'adjudication<sup>51</sup>. Elle définit également le contenu de la décision d'adjudication, et reprecise certains éléments du règlement comme les délais à respecter en vue de la conclusion du contrat et le principe de la procédure d'exception à l'appel concurrentiel (art. 8 RLMP-VD).

Le principe du règlement interne attribue la responsabilité de la procédure au service qui finance le marché. Le système est organisé comme si chaque service était une entité adjudicatrice indépendante (comme une commune), comme si, de fait, l'Etat de Vaud n'était pas un adjudicateur unique.

La révision de la directive Druide 123 d'octobre 2011 a introduit plusieurs modifications majeures : les barèmes de pondération du DINF pour évaluer les appels d'offres ont été rendus obligatoires pour tous les marchés de l'Etat (voir

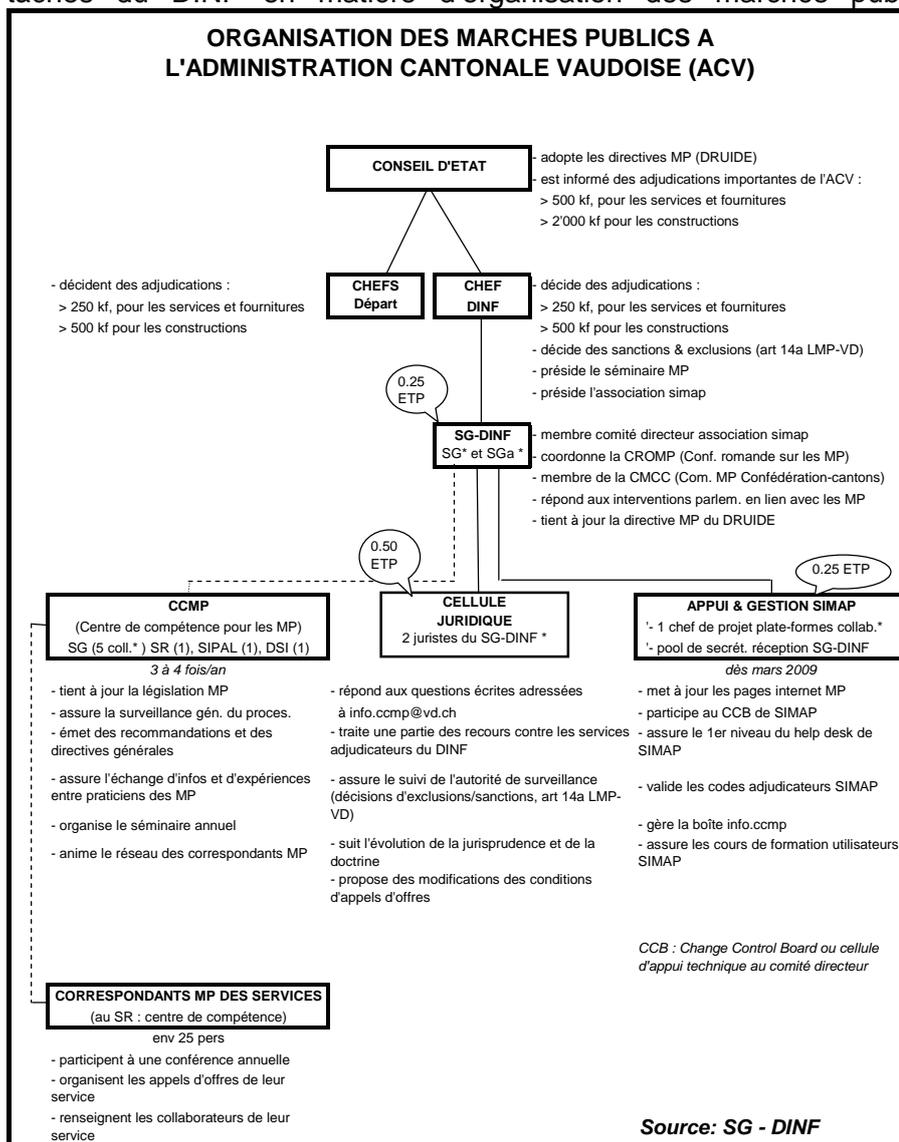
<sup>51</sup> Pour les marchés dont la valeur est inférieure aux valeurs seuils des procédures ouvertes ou sélectives, la décision d'adjudication doit être signée par le chef de service, si la valeur est située au-dessus, c'est le chef de département à qui revient cette tâche. Au-delà de CHF 500'000 pour les marchés de fourniture et de service, ou de CHF 2'000'000 pour les constructions, une information préalable doit être effectuée au Conseil d'Etat.

point 27.2), de même que les formulaires liés aux critères de développement durable (voir chapitre VIII). Les explications relatives aux principes de la législation, les références de support ont été rajoutées.

A l'instar de la situation prévalant au plan cantonal, aucun système de contrôle transversal des procédures n'a été mis en place, comme c'est le cas à la Confédération ou dans d'autres cantons. C'est également le service qui doit surveiller la conformité de ses procédures par auto-contrôle.

## 25.2 Structure d'appui du DINF: identique à celle pour le canton

Le schéma ci-après, élaboré par le secrétariat général du DINF présente les tâches du DINF en matière d'organisation des marchés publics à l'Etat.



Le DINF fait office de structure d'appui pour l'ensemble des entités adjudicatrices cantonales, comme expliqué au chapitre précédent via le service de réponses aux questions passant par la CCMP, ainsi que pour l'ensemble de l'Etat. Le DINF est en charge de la gestion de simap.ch pour le canton de Vaud. Au total, selon les estimations du DINF, un poste à temps complet est destiné à l'organisation

transversale des marchés publics<sup>52</sup>, dont un demi pour assurer un appui aux adjudicateurs qui adressent en moyenne deux questions par semaine à la cellule CCMP et pour tenir à jour la documentation.

Au niveau de l'Etat, le DINF organise une conférence annuelle réunissant les différents services adjudicateurs, représentés par leur correspondant marchés publics. Il s'agit de la seule structure transversale liant les services adjudicateurs de l'Etat. Bien que de portée cantonale, le CCMP, composé uniquement de représentants des principaux services adjudicateurs de l'Etat (service des routes, direction des services d'information, secrétariat général et service immeuble patrimoine et logistique), fonctionne également comme centre de compétence interne à l'Etat.

On note donc que l'Etat de Vaud consacre un volume restreint de ressources centralisées pour organiser les marchés publics, que ce soit donc pour l'ensemble du canton, en tant qu'autorité cantonale de surveillance des marchés publics, qu'à l'interne en appui pour les services de l'administration. Ces derniers portent la responsabilité de l'organisation des procédures. En cas de recours, ce sont les services qui répondent de la procédure.

## 26. Fortes disparités entre les services

### 26.1 Questions aux 25 services adjudicataires principaux

Pour l'examen de la situation chez les services adjudicateurs, il a été procédé à la sélection de 25 services<sup>53</sup> sur la base des montants de leur budget de fonctionnement (particulièrement le groupe 31 : achats de biens et services et du compte 31852 « mandats externes ») ainsi que de leurs investissements et du nombre d'appels d'offres lancés sur simap.ch entre mai 2009 et février 2011. Il a été précisé que le questionnaire portait sur les marchés concurrentiels (figurant sur simap.ch).

Au niveau du nombre d'appels d'offres lancés sur simap.ch, on note que le service qui en a organisé le plus grand nombre entre mai 2009 et février 2011 est le SR avec 62 appels d'offres, suivi par le SIPAL, la division architecture et ingénierie essentiellement, avec 42 appels. Le CHUV, qui comprend la division construction et la centrale d'achat (CAIB), qui est commune avec l'hôpital universitaire de Genève, arrive en troisième position avec 24 marchés. La Direction de l'enseignement supérieur (DGES), qui comprend l'Université et le Bureau de construction de l'Université (BUD) suit avec 14 marchés, talonné par la DSI avec 11 marchés. Au total, le nombre d'appel d'offres en mode concurrentiel lancés par les services de l'Etat s'est élevé à 180, les deux tiers étant organisés par les services du DINF.

Côté investissements, c'est à nouveau le service des routes qui a engagé le plus de dépenses (CHF 74 millions) suivi par le DGES (CHF 49 millions), le CHUV (CHF 37 millions) et le SIPAL (CHF 28 millions).

Concernant les dépenses pour les achats de biens et services, c'est le CHUV qui affiche le montant le plus élevé (CHF 306 millions), puis la DSI (CHF 57 millions), le SIPAL (CHF 52 millions) et le SR (CHF 44 millions).

<sup>52</sup> Sans les ressources consacrées aux séances de coordination mobilisant du personnel de différents services.

<sup>53</sup> Le SIPAL a renvoyé trois questionnaires distincts pour ses trois divisions (CADEV, division architecture et ingénierie, et exploitation). De même, le SESA, qui comprend deux divisions concernées par les marchés publics (la division hydraulique et la division assainissement) a renvoyé deux réponses, soit en tout 28 questionnaires complétés.

Liste des services\* retenus pour l'envoi du questionnaire

Départements	Services questionnés	Services abréviation	Charges 2010			Investissements 2010		Nombre d'appels d'offres sur simap.ch** (mai 2009 à février 2011)
			Total dépenses	dépenses groupe 31: achats de biens, services et marchandises	dépenses mandats externes (compte 31852)	Dépenses brutes (comptes)	Budget	
Sécurité et environnement	Secrétariat général	SG-DSE	3'216'893	433'702	230'854	952'887	3'840'000	4
	Service de l'environnement	SEVEN	34'775'759	2'776'891	2'028'329	-	-	4
	Service eaux, sols et assainissement	SESA	35'061'189	9'979'403	625'992	11'056'483	21'260'000	2
	Service forêts, faune et nature	SFFN	48'096'061	7'320'392	1'229'849	4'107'520	6'300'000	
	Police Cantonale	PolCant	166'285'954	18'112'340	660'875	778'402	5'380'000	1
	Service de la sécurité civile et militaire	SSCM	22'447'363	6'249'114	639'589	-	500'000	
Formation Jeunesse Culture	Direction de l'enseignement obligatoire	DGEO	837'992'454	27'676'440	39'154	-	-	1
	Direction de l'enseignement supérieur	DGES sans HEP	563'380'938	21'441'474	566'378	62'359'887	49'357'763	14
	Direction de l'enseignement post-obligatoire	DGEP	415'717'207	40'257'257	231'944	10'899'461	12'896'000	
	Haute école pédagogique	HEP	145'238'000	3'159'337	774'357	21'237	21'237	
	Service des affaires culturelles	SERAC	49'149'666	6'886'723	752'196	792'800	800'000	
Intérieur	Service pénitentière	SPEN	83'876'670	33'974'299	264'431			1
Santé et action sociale	Secrétariat général	SG-DSAS	7'560'569	644'005	242'211	1'547'552	1'900'000	2
	Service de la santé publique	SSP	977'142'614	5'281'144	2'171'898	26'211'787	24'550'000	1
	CHUV	CHUV	1'300'928'965	305'870'866	22'316'947	23'418'019	37'750'000	24
	Service de prévoyance et d'assurances sociales	SPAS	534'470'073	1'546'864	596'792	-	-	
	Service des assurances sociales et de l'hospitalisation	SASH	966'677'042	1'486'047	566'247	-	-	
Economie	Secrétariat général	SG-DEC	2'970'534	1'073'042	24'850	-	-	
	Service de l'économie, du logement et du tourisme	SELT	43'945'741	1'493'302	592'445	21'500'000	6'000'000	
	Service du développement territorial	SDT	10'799'264	1'827'618	1'472'135	16'369'516	10'400'000	4
	Service de l'agriculture	SAGR	291'725'966	3'377'237	191'310	3'168'309	4'200'000	
Infrastructures	SIPAL-Centrale d'achat de l'Etat de Vaud	CADEV						
	SIPAL-EXPLOITATION	EXPLOIT.						
	SIPAL-ARCHITECTURE	SIPAL-ARCHI.						
	TOTAL Service immeubles, patrimoine et logistique	SIPAL	81'731'715	51'736'570	1'907'940	65'977'397	27'691'000	42
	Service des routes	SR	108'104'385	44'691'574	477'940	52'418'820	81'225'000	62
Service de la mobilité	SM	193'970'366	910'455	814'124	333'207	5'810'000		
	Direction des systèmes d'information	DSI	105'814'606	57'026'305	4'412'505	25'335'433	12'397'000	11
	<b>Total services questionnés</b>	<b>Total services</b>	<b>7'031'079'993</b>	<b>655'232'403</b>	<b>43'831'294</b>	<b>327'248'718</b>	<b>312'278'000</b>	<b>173</b>
	%services questionnés	%services	87%	80%	91%	86%	80%	
	Total Etat	Total Etat	8'113'423'986	819'258'266	48'378'888	378'791'159	390'877'000	

\* les services du DFIRE n'ont pas été contactés. En effet, le secrétariat général a informé que les projets relevant des marchés publics pour le DFIRE concernent presque exclusivement le domaine informatique et que l'organisation de ces marchés était toujours déléguée au DSI.

\*\*Le nombre total d'appels d'offres lancés sur cette période s'élève en réalité à 180. Un office, l'Office de l'information territoriale en a lancé 7. Cet office n'a pas été retenu pour l'envoi, compte tenu du fait qu'il dépend du secrétariat général.

## 26.2 Une partie des services délègue l'organisation de leurs marchés à d'autres services

Un premier examen des réponses apportées au questionnaire amène un premier constat : une partie des services sélectionnés sur la base de leurs dépenses d'investissement ou d'achats de biens et services, délèguent de fait l'organisation des procédures de marchés publics soit au SIPAL pour ce qui concerne les projets de construction, soit à la CADEV pour les achats de fournitures<sup>54</sup>.

D'autre part certains services disposent de budgets d'investissement importants, mais qui sont octroyés sous forme de subventions à d'autres entités (hôpitaux,

<sup>54</sup> Conformément à la directive Druides « Fournitures et acquisitions », c'est la CADEV qui approvisionne et organise les appels d'offres pour l'équipement des bureaux, les fournitures administratives, les papiers, imprimés, publications et édition, le matériel de bureautique, le matériel scolaire etc. A noter toutefois que les services, en cas d'urgence ou de besoins spécifiques peuvent effectuer eux-mêmes la commande. Ainsi pour l'économat, près de 70% des fournitures ne sont pas commandées par la CADEV.

fondations, UNIL etc). Selon la législation vaudoise, c'est le financeur direct, soit l'entité subventionnée, qui porte la responsabilité de la procédure, le service subventionneur n'ayant aucune obligation légale de s'y impliquer ou d'en contrôler la conformité. La loi sur les subventions (LSubv) rappelle uniquement à ses articles 23 et 24 que « *Les règles applicables aux marchés publics doivent être respectées.* »

### 26.3 Trois catégories de services adjudicateurs

Les services se répartissent ainsi en trois catégories selon leur implication dans l'organisation de marchés publics concurrentiels:

- Les gros adjudicateurs qui lancent régulièrement des marchés de grande importance et qui organisent leurs marchés eux-mêmes : le SR, le CHUV, les trois divisions du SIPAL<sup>55</sup> et la DSI<sup>56</sup>.
- Les adjudicateurs qui organisent de temps à autre à échéance plus ou moins espacée, des marchés de moyenne catégorie et qui organisent généralement les marchés eux-mêmes, mais délèguent les marchés de construction au SIPAL: le SESA, le SEVEN, le SPEN, le SAGR, la Polcant ou le SDT.
- Les autres services sont des adjudicateurs qui n'organisent qu'occasionnellement ou rarement des marchés publics eux-mêmes.

Cette situation amène un premier constat portant sur la gouvernance du projet. La directive Druides ne précise pas ce cas de figure, pourtant fréquent de délégation de procédure. Qui porte la responsabilité ? Qui fixe les critères d'attribution ? Comment doit se composer le comité d'évaluation ? Quel est le poids du service qui délègue ses compétences dans la décision d'adjudication et la fixation des critères d'attribution ?

Dans le domaine de la construction, la Cour n'a pas constaté que cette situation de flou dans la direction de projet était source de problèmes, pour l'heure. Les compétences semblent se répartir naturellement : l'aspect technique étant pris en charge par le SIPAL et le financement par le service concerné, qui délègue généralement un représentant dans le comité d'évaluation. Il conviendrait néanmoins d'établir des règles de gouvernance afin de fixer, en cas de délégation de compétence, les rôles et responsabilités des parties concernées.

### 26.4 Une majorité de services sont peu sollicités

Etant donné que près du 90% des marchés publics concurrentiels sont organisés soit par les services du DINF, soit par le CHUV, soit par l'UNIL, la majorité des services ne sont que peu confrontés à l'organisation de marchés publics, certains n'affichant qu'une expérience minime en la matière. Cela explique le nombre important de non-réponses relevées aux questions posées concernant les aspects concrets d'exécution des procédures (7 non-réponses en moyenne par question, soit un quart).

De même, bien que le principe de l'organisation des marchés publics requiert la désignation d'un correspondant marchés publics pour chaque service, plus d'un tiers des services interrogés (10) déclarent ne pas en avoir. On note toutefois

<sup>55</sup> La CADEV est considérée comme gros adjudicateur, mais étant donné que la majorité des achats importants sont réalisés de manière groupée pour plusieurs cantons (GRAFOSA pour l'économat, PAIR pour les ordinateurs etc), elle n'organise de fait que peu de marchés publics elle-même en procédure ouverte.

<sup>56</sup> A noter que le BUD et l'UNIL, qui sortent du périmètre de l'administration centrale, n'ont pas été contractés directement. La réponse au questionnaire envoyé à la Direction de l'enseignement supérieur, reflète donc les pratiques de ce service, qui agit davantage comme subventionneur de l'UNIL. Ce groupe n'a donc pas été considéré comme « gros adjudicateur ».

parmi eux, deux services qui adjugent « occasionnellement ou parfois » des marchés.

Tous les gros adjudicateurs ont désigné un correspondant. Le pourcentage d'activité dédié à l'organisation des marchés publics va de 5% à 75% (en équivalent plein temps). Deux services (le service des routes et la direction des services d'information) ont créé un centre de compétence interne pour soutenir les chefs de projets dans leurs procédures et leur assurer structure transversale de support, et ont développé en interne une importante expertise en la matière (voir point 30).

Sur les 18 services ayant désigné un correspondant marchés publics, le cahier des charges lié au poste de ce correspondant ne mentionne cette fonction que pour 11 services, ce qui signifie que pour le reste, il ne s'agit pas d'une tâche prioritaire qui nécessite expérience et compétence spécifique.

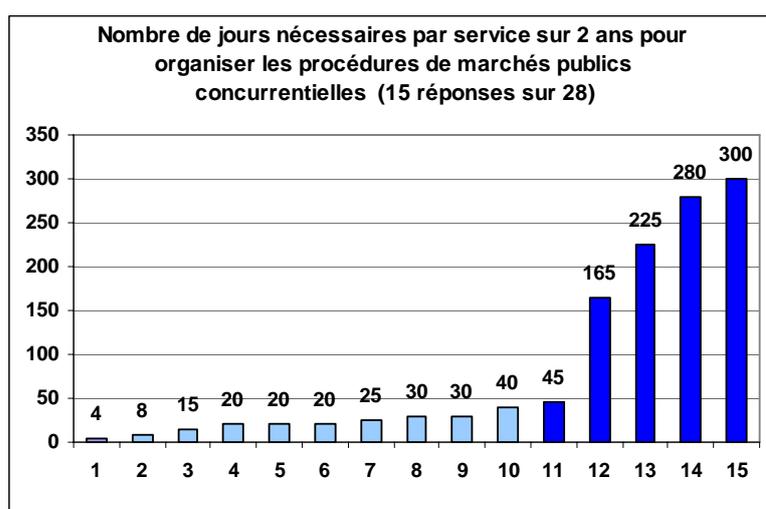
**En définitive, seule une minorité de services, les gros adjudicateurs, sont véritablement concernés par les marchés publics et ont développé une expertise dans ce domaine. Pour les autres, peu souvent confrontés, un tel investissement qui ne serait pas efficient, n'a pas été consenti.**

### 26.5 Ressources internes pour l'organisation des marchés publics

Pour l'Etat de Vaud, sur la base de notre enquête, on peut procéder à une estimation des ressources consommées en interne.

Au total, pour les 15 services qui ont donné réponse, 1230 jours environ ont été nécessaires sur 2 ans<sup>57</sup>, soit en moyenne environ 6.5 jours par marché concurrentiels. Les cinq plus gros adjudicateurs<sup>58</sup> ont indiqué que le temps nécessaires pour organiser les marchés publics concurrentiels sur deux ans allait de 45 jours à 300 jours. Au service des routes qui a mis sur pied une organisation structurée dans ce but, il est estimé que quatre jours (équivalent plein temps) sont strictement liés aux procédures de marchés publics concurrentiels (sans compter le temps consacré à la rédaction du cahier des charges, la planification etc).

Ces ressources, ajoutées à celles nécessitées pour l'organisation transversale des marchés publics au DINF correspondent à 4 à 5 équivalents plein temps.



<sup>57</sup> Soit un peu moins de 3 EPT par année.

<sup>58</sup> Sans la CADEV

### **26.6 Directives complémentaires à Druides pour une petite minorité**

Comme vu précédemment, la Directive Druides règle principalement la procédure d'adjudication. L'organisation de l'appel d'offres est laissée sous la responsabilité du service, avec toutefois l'obligation, depuis octobre 2011 d'utiliser les barèmes de pondération du DINF pour évaluer les offres (voir point 27.2). Or seuls 7 services (sur 28) ont déclaré avoir établi une directive interne supplémentaire.

Ainsi pour la majorité des services, les procédures d'appel d'offres sont cadrées uniquement par la législation, qui laisse une marge de manœuvre importante à l'organisation des procédures de cas en cas.

### **26.7 Mandataires externes : une minorité y recourt**

On relève que seule une minorité de services font appel à des mandataires externes : 4 « toujours » et 7 « parfois », tandis que 13 déclarent ne pas y recourir. La majorité des services organisent leurs marchés de manière autonome.

Il conviendrait également de tenir compte des ressources consommées par les mandataires externes. Une exploitation des informations de l'enquête n'a pas permis de répondre à cette question. En effet, lorsqu'un service donne mandat à un consultant externe de lui organiser un marché public, c'est généralement tout le projet qui est confié, y compris la rédaction du cahier des charges, la planification du projet etc, phases qui ne relèvent pas spécifiquement des procédures de marchés publics. Les données du surcoût dû uniquement à l'organisation des procédures n'ont pas été spécifiées.

### **26.8 Contrôle des marchés subventionnés : pratiques diversifiées**

Comme mentionné plus haut, la législation vaudoise n'attribue aucune responsabilité au service qui octroie des subventions pour les marchés publics organisés par les institutions qui perçoivent la subvention. D'autres cantons ont légiféré différemment : par exemple dans le canton du Valais, l'adjudication des marchés subventionnés doit être soumis à l'approbation du service subventionneur correspondant.

En l'absence de règle ou directive en la matière, il n'est pas étonnant de constater qu'à l'Etat de Vaud, les pratiques sont très diversifiées. Certains services ne procèdent à aucun contrôle. D'autres rappellent aux entités subventionnées dans leur lettre leur annonçant la subvention, qu'elles sont astreintes à respecter la législation sur les marchés publics. Certains participent de manière plus active à la procédure de marchés publics pour les marchés publics en étant intégré au comité de pilotage des projets en question, ou à leurs séances de préparation.

Etant donné l'importance des montants en jeu, et les préjudices qui pourraient en résulter en cas de recours (retard du projet, perte financière), la Cour estime qu'il est nécessaire que le service s'assure au minimum que les procédures de marchés publics ont été respectées et qu'une information à ce sujet soit délivrée aux entités subventionnées.

## 27. Outils d'appui: utiles et appréciés mais pas suffisants

### 27.1 Le Guide romand : document de référence complet et très utilisé

Le Guide romand des marchés publics, disponible sur le site internet des marchés publics de L'Etat de Vaud, constitue le document de référence pour l'organisation des marchés publics en Suisse romande. Il présente en 26 points de A à Z les éléments de réponses aux différentes questions à se poser pour réaliser les procédures correctement comme « Quelles sont les questions préliminaires à se poser? », « Quel est le contenu d'un avis officiel selon le SIMAP.CH ? », « Quelles sont les têtes de chapitre d'un cahier des charges ? », « Qu'est-ce qu'une adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse ? », « Quelles peuvent être les conditions de participation ? », « Quels peuvent être les critères d'aptitude et/ou de sélection ? » ou encore « Quels peuvent être les critères d'adjudication ? » etc.

Le Guide romand fournit également des formulaires et des lettres types à utiliser aux différents stades des procédures, ainsi que plusieurs méthodes pour évaluer les offres. Cela étant, si cet épais document constitue bien l'outil de référence pour l'organisation des marchés publics en Suisse romande, les procédures et méthodes qu'il propose n'ont pas de caractère contraignant.

La plupart des services déclarent se référer au Guide romand (21 services sur 28) pour organiser leurs procédures et tous sont satisfaits de ce support. Parmi les services ne recourant pas au Guide romand, un seul a manifesté son mécontentement estimant qu'un « toilettage » de cet épais document serait utile pour en faciliter l'utilisation.

Il est vrai que si la complétude de ce Guide est à constater, il n'est cependant pas aisé de trier ce qui est essentiel de ce qui constitue une information accessoire. Pour les services adjudicateurs occasionnels, la lecture et l'assimilation d'un tel document représente un investissement certainement trop important et peu consentent l'effort de s'y plonger. Pour ces services une formation plus ciblée et une ressource d'appui répondant directement à leurs questions spécifiques serait mieux à même de répondre à leurs besoins.

### 27.2 Barème de pondération du DINF : utilisé par moins de la moitié des services adjudicateurs

Le Département des infrastructures a mis au point un formulaire de base à l'intention de ses services reproduit ci-après. Ce formulaire comprend neuf critères liés au prix, à l'organisation pour l'exécution du marché, aux qualités techniques de l'offre, à l'organisation de base du soumissionnaire et à ses références. Selon le type de marché (construction, fournitures, services) et selon la complexité du projet, les pondérations peuvent varier. Par exemple pour un marché de construction sans exigence particulière, la note attribuée au prix est pondérée d'un facteur 70% (avec une marge de manœuvre de +/-10%), tandis que pour un marché à hautes exigences qualitatives, la pondération de base est de 50%, ce qui permet de relever les poids des critères liés à la qualité.

Ci-dessous figure le formulaire (barème de pondération) pour les marchés de construction.

Critères	Libellé générique	Poids en %		
		Travaux courants sans exigences particulières	Travaux à exigences qualitatives moyennes	Travaux à hautes exigences qualitatives
<i>Entre parenthèses : les références au guide romand</i>				
<b>1. Prix</b>		<b>70 (+/-10)</b>	<b>60 (+/-10)</b>	<b>50 (+/-10)</b>
1.1 Montant de l'offre financière en rapport avec le cahier des charges (R1)	Montant de l'offre financière globale avec analyse de sa crédibilité.			
<b>2. Organisation pour l'exécution du marché</b>		<b>8 (+/-3)</b>	<b>10 (+/-5)</b>	<b>15 (+/-10)</b>
2.1 Nombre, planification et disponibilité des moyens et des ressources pour l'exécution du marché (R6)	Annnonce des moyens et ressources prévues pour l'exécution du marché ainsi que leur planification et crédibilité par rapport aux exigences et contraintes du cahier des charges.			
2.2 Qualifications des personnes-clés désignées pour l'exécution du marché (R9)	Qualités des personnes-clés pour exécuter le marché selon exigences et contraintes du cahier des charges. avec copie des certificats & diplômes. Vérification des curriculum vitae sous les angles respect des délais, maîtrise des coûts, gestion de projet, gestion de la qualité, qualifications, formation, expériences, disponibilité et mobilité.			
<b>3. Qualités techniques de l'offre</b>	<i>Ce critère peut être supprimé selon le type de travaux</i>	<b>8 (+/-3)</b>	<b>12 (+/-8)</b>	<b>13 (+/-10)</b>
3.1 Qualité et adéquation des solutions techniques proposées pour l'exécution du marché (R13)	Descriptif du prototype ou de l'esquisse de solution. Avantages, qualités et originalité des solutions techniques d'exécution du marché proposées par le soumissionnaire.			
<b>4. Organisation de base du candidat ou soumissionnaire</b>		<b>8 (+/-3)</b>	<b>10 (+/-5)</b>	<b>12 (+/-8)</b>
4.1 Organisation qualité du soumissionnaire pour satisfaire les exigences du client (Q1)	Certification qualité officielle en cours de certification ou présentation succincte de l'organisation qualité propre à l'entreprise qui démontre que le soumissionnaire s'est organisé et prend des mesures internes pour satisfaire les exigences administratives du client (type ISO ou équivalent).			
4.2 Contribution de l'entreprise à la composante sociale du développement durable (Q4-5)	Présentation succincte de l'organisation et de la gestion de l'entreprise concernant sa responsabilité sociale (RH, formation continue, form. spécif. sur le développ. durable, égalité des chances, recherche & développ., sécur. au travail). Certification de qualité officielle dans le domaine social ou en cours de certification dans l'entreprise, type EcoEntreprise ou équivalent.			
4.3 Formation des apprentis (Q5) <i>Utilisable en cas de marchés non soumis aux traités internationaux</i>	Nombre d'apprentis formés les 5 dernières années en fonction du nombre d'employés. <i>Poids maximum de ce sous-critère : 5 %.</i>			
4.4 Contribution de l'entreprise à la composante environnementale du développement durable (Q6-7)	Description mesures prises par l'entreprise: (a) pour préserver les ressources naturelles (eau, air, sol) et matérielles non renouvelables; (b) d'économie d'énergie, de réduction des besoins, de limitation de l'énergie non renouvelable et d'utilisation d'énergie renouvelable; (c) pour une gestion rationnelle des matériaux en considérant leur cycle de vie (énergie grise, durée de vie, recyclage, élimination); (d) mesures extraordinaires de limitation des risques d'atteinte à l'environnement. Certification de qualité officielle dans le domaine environnemental ou en cours de certification, voire démonstration de l'application des préceptes environnementaux et de gestion des risques dans l'entrepr., type ISO 14001, EcoEntreprise ou équiv.			
<b>5. Références du candidat ou du soumissionnaire</b>		<b>6 (+/-2)</b>	<b>8 (+/-3)</b>	<b>10 (+/-5)</b>
5.1 Quantité et qualité des références (Q8)	Liste des références récentes (< 10 ans), achevées ou en cours d'achèvem., effectuées par le soumissionnaire, en rapport ou équivalentes en importance et complexité avec le marché à adjudger, avec désignation de l'objet, du lieu d'exécution, des dates de début et de fin d'exécution, du nom du client ou de sa raison sociale, de la personne de contact, du montant contractuel et des prestations effectuées. Eventuellement, description de travaux d'étude et d'études scientifiques et copie de la lettre d'un client attestant le travail exécuté sur une référence des points de vue de la qualité des prestations exécutées, des coûts et des délais.			
		<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>

Tous les gros adjudicateurs utilisent les barèmes de pondération standard (les gros adjudicateurs du DINF et le CHUV). Un service constructeur a déclaré utiliser un autre type de formulaire élaboré pour les besoins spécifiques du service.

De même, le DINF a instauré l'utilisation par ses services de deux formulaires liés au développement durable (composante environnementale et volet social). Ce point sera repris au chapitre IX.

La Cour estime que l'emploi de formulaires standards, comme la révision de la directive Druidé l'a introduit en octobre 2011, contribue positivement à harmoniser les pratiques en matière d'adjudication non seulement au sein d'un même service, mais également transversalement à l'Etat. Il s'agit d'une première étape, mais compte tenu de la grande marge de manœuvre accordé aux services en

matière d'adjudication, la généralisation de ces formulaires ne garantit pas qu'un même marché sera évalué de manière similaire par deux services différents.

### **27.3 Le site internet « marchés publics » de l'Etat de Vaud**

Le site de l'Etat de Vaud dispose d'une rubrique « marchés publics » d'information qui indique l'adresse de la plate-forme [simap.ch](http://simap.ch), du Guide romand des marchés publics, du site CEP pour la formation de base, les barèmes de pondération, ainsi qu'une liste des sujets d'actualités liés aux marchés publics vaudois.

La directive Druide 123 sur les marchés publics se trouve sur le site intranet de l'administration.

Concernant l'appréciation des services pour le site internet « marchés publics » du Canton de Vaud, la satisfaction des services se révèle légèrement moins élevée que pour le Guide romand : 17 services s'estiment satisfaits (contre 21 pour le Guide romand) et 4 expriment leur insatisfaction. Parmi ces derniers, un service souhaite que l'Etat de Vaud publie la liste des soumissionnaires du canton satisfaisant aux conditions de participation, à l'image du Canton de Valais (voir chapitre VIII). Un autre service regrette l'absence de modèle et l'estime insuffisant, un autre souhaite qu'il renseigne sur la jurisprudence. Plusieurs services regrettent l'absence de modèles et d'exemples concrets.

La Cour estime que l'investissement dans une documentation adaptée aux besoins des services, disponible sur le site internet « marchés publics », permettrait de résoudre bien des problèmes auxquels sont confrontés les services adjudgeant rarement ou occasionnellement. Les services manquent d'exemples concrets pour s'y référer, de modes d'emploi simplifiés et d'éléments essentiels de jurisprudence. Cette démarche serait d'autre part d'une grande utilité pour les autres entités adjudicatrices : communes ou institutions subventionnées. Les zones de flous mentionnés au chapitre précédent : quel est le cercle des adjudicateurs ? quelle est la définition d'un marché et sur quelle période sa valeur se calcule-t-elle<sup>59</sup> ? etc. devraient être clarifiées au niveau de leur définition. S'il n'est pas souhaitable d'établir une liste exhaustive citant nominalement les entités assujetties, du fait des nombreux changements qui interviennent, une liste des catégories d'adjudicateurs et des exemples serait d'une grande utilité pour les milieux concernés par les marchés publics.

## **28. Formation : pour une meilleure adaptation aux besoins des services**

### **28.1 Formation: seule une introduction aux marchés publics est proposée**

L'Etat de Vaud organise à l'intention des services adjudicateurs de l'Etat un cours CEP<sup>60</sup> de deux jours « Marchés publics : comment réussir vos appels d'offres ? » dispensé par un consultant spécialisé en marchés publics et expérimenté en la matière.

Le cours CEP consacre une journée et demi à l'exposé des principes de base de la législation et à la présentation de la plate-forme [simap.ch](http://simap.ch) et une demi-journée

<sup>59</sup> Dans le questionnaire envoyé aux services, un point portait sur les marchés répétitifs et demandait si le service interrogé y était confronté et la définition qu'il en donnait. Il apparaît que des services attribuent des définitions différentes à cette notion (mode de calcul de la valeur sur un an ou sur quatre ans selon le service). Une clarification à ce sujet serait nécessaire.

<sup>60</sup> Les cours CEP mis sur pied par le Canton proposent des cours de formation continue dans divers domaines au sein de l'Etat en partenariat officiels avec la Ville de Lausanne, l'Union des communes vaudoise et l'OREF-VD.

à des présentations par des services de l'administration. Des responsables du service des routes exposent la manière dont les marchés publics sont organisés, gérés et suivis dans leur service. L'unité de développement durable présente comment la loi sur les marchés publics permet de prendre en considération des critères de développement durable et présente les projets réalisés dans ce domaine à l'Etat de Vaud.

Parmi les 18 services ayant déclaré avoir désigné un répondant interne pour les marchés publics, la moitié d'entre eux ont indiqué que la formation suivie était le cours CEP, 7 ayant indiqué une formation « autre ».

Si la majorité des services estiment que l'offre de formation est suffisante pour leurs besoins, plusieurs ont exprimé l'avis que le cours CEP proposé était utile aux correspondants marchés publics des différents services pour détecter les projets qui devaient faire l'objet d'un appel d'offres concurrentiel, mais insuffisant pour réaliser la procédure de manière autonome. Parmi les services qui ont manifesté leur insatisfaction quant à la formation dispensée, plusieurs souhaitent bénéficier d'une formation spécifique à leur domaine d'activité ou auraient besoin de connaissances juridiques plus pointues.

La Cour a pris part à la formation CEP. Si la qualité de la présentation et celle du support de cours sont à souligner, particulièrement du fait que de nombreux exemples concrets sont fournis, il paraît cependant évident que, compte tenu de la complexité de la matière, ce cours de deux jours ne saurait suffire pour permettre à un collaborateur non initié de réussir un appel d'offres adéquat et efficace. Plutôt qu'une formation destinée à « réussir les appels d'offres », il s'agit d'un cours d'introduction à la législation sur les marchés publics et de présentation générale.

Ce cours enregistre toujours un taux élevé de participation. Il a cependant été constaté que le niveau des participants était assez variables : certains n'avaient que de vagues notions, d'autres au contraire avaient déjà géré eux-mêmes des appels d'offres.

## **28.2 La Confédération propose une offre complète de formation**

On relève que la Confédération, pour l'organisation de ses marchés publics a mis sur pied un vaste programme de formation portant à la fois sur les marchés publics et les contrats. Il comprend un module de base de huit jours, un cours récapitulatif et un examen. Des modules d'approfondissement sont également proposés, par exemple sur les marchés complexes de biens et d'informatiques et sur les marchés de construction et permettent de répondre concrètement aux problèmes spécifiques des services liés à leur métier. Des modules de perfectionnement et séminaires d'échanges d'information sont également organisés<sup>61</sup>. A noter que ces cours sont ouverts aux participants externes.

## **28.3 Formation à adapter pour le canton de Vaud**

Une amélioration du concept de formation est une démarche à entreprendre afin d'adapter la formation aux besoins des services, en fonction du nombre et de la taille des marchés qu'ils doivent réaliser. Les correspondants des services gros adjudicateurs devraient pouvoir bénéficier d'une formation « avancée » du type de celle dispensée par la Confédération. Les répondants marchés publics des

---

<sup>61</sup> « Programme de formation et de perfectionnement 2011 : marchés publics, contrats », OFCL, Office fédéral de la construction et de la logistique, centre de compétence marchés publics de la Confédération, 3003 Berne

services adjugeant occasionnellement devraient également, en plus de la formation introductive CEP, pouvoir participer au module de base de la Confédération.

## 29. Au final : une disparité d'application problématique

### 29.1 Manque d'efficacité au niveau global

Au terme de l'analyse des résultats du questionnaire au niveau de la gestion des marchés publics par les services, il apparaît que le principe d'autonomisation des services présente certes l'avantage de responsabiliser ces derniers et de leur permettre de développer des méthodes d'organisation adaptées à leurs spécificités. Il entraîne par contre une disparité dans les pratiques d'organisation, accentuée par l'absence d'un système de contrôle transversal. Globalement ce mode d'organisation ne peut être qualifié d'efficace et d'efficient puisque l'Etat de Vaud, en fin de compte l'adjudicateur global et unique, délègue cette responsabilité aux services sans s'assurer que cette mission soit effectuée conformément à la législation, selon des principes minimum harmonisés.

D'autre part, le fait de considérer tous les services sur le même pied d'égalité, quel que soit le nombre de marchés publics auxquels ils ont à faire face, en n'offrant qu'un appui minimal aux entités peu fréquemment amenées à l'organiser des marchés, risque de confronter les services peu expérimentés à une tâche trop complexe. Les procédures de marchés publics sont compliquées, de multiples écueils menacent le bon déroulement du projet. La législation présente de nombreuses zones d'ombre et une connaissance des règles de jurisprudence est indispensable pour réussir une procédure sans s'exposer à des risques de recours trop importants. Le Guide romand est certes un outil de qualité, mais complexe et volumineux, il n'offre un véritable appui qu'aux adjudicateurs expérimentés. La formation offerte est insuffisante pour que des non initiés puissent acquérir les connaissances indispensables. La cellule de support du DINF est certes efficiente, mais insuffisante pour permettre un accompagnement et contrôler le bon déroulement des procédures réalisées par les services.

### 29.2 Renforcement de la structure d'appui nécessaire

Les services qui gèrent une masse critique suffisante de marchés ont la possibilité d'organiser des formations internes et d'acquérir suffisamment d'expérience pour éviter de commettre des erreurs. Par contre, les services adjugeant occasionnellement ou rarement ne peuvent, pour des raisons d'efficacité et d'efficience, consacrer les mêmes ressources à tenir leurs connaissances à jour et à se trouver prêts à réussir leurs marchés publics.

Le recours à des consultants externes n'est pas une solution très usitée. Cette solution, présente en outre l'inconvénient de ne pouvoir capitaliser l'expérience acquise dans l'organisation d'un marché au sein de l'Etat.

La Cour est d'avis qu'un renforcement de la CCMP pour appuyer les services adjudicateurs occasionnels, mettre à jour une documentation didactique, qui pourrait être utilisée par tous les adjudicateurs, serait de nature à améliorer l'efficience et l'efficacité du système. Ce besoin a été exprimé par plusieurs services qui se sentent insuffisamment soutenus.

### 29.3 Clarifier les responsabilités en cas de délégation de compétence

Lorsqu'un service délègue la réalisation d'un projet à un autre service, dans le cas de constructions par exemple, les rôles et responsabilités de chacun devraient être clarifiés et formalisés.

D'autre part, il importe de définir la responsabilité des services subventionneurs pour les procédures de marchés publics concernant des projets qu'ils subventionnent. L'Etat devrait avoir des principes minimaux en la matière : lors de l'octroi de la subvention, il paraît nécessaire de rappeler à l'entité subventionnée, ses obligations en regard de la loi sur les marchés publics. La Loi sur les subventions (LSubv) pourrait être modifiée dans ce sens.

### 29.4 Mutualiser des pratiques pour éviter les prix différenciés

La responsabilisation des services en matière d'organisation des marchés publics a pour conséquence un certain cloisonnement des pratiques. Les services ont certes la possibilité de développer de bonnes pratiques les concernant, mais leur mutualisation des compétences et de l'expérience ne s'effectue généralement pas, faute de structure transversale réellement incitative.

Il serait souhaitable qu'un minimum d'harmonisation soit réalisée au niveau de l'Etat afin qu'il n'apparaisse pas comme un adjudicateur aux multiples pratiques face aux entreprises mandataires. Les travaux ou prestations de même nature, commandées par des services différents devraient être adjugés selon des critères établis selon les mêmes principes, prévenant des disparités de prix.

A noter que la généralisation des barèmes de pondération du DINP à toute l'administration pour évaluer les appels d'offres constitue déjà un progrès dans le sens d'une meilleure harmonisation des pratiques d'adjudication.

### 29.5 Contrôles à établir

La mise sur pied d'un contrôle transversal des procédures de marchés publics contribuerait à améliorer l'efficacité du système et à encourager la mutualisation des bonnes pratiques. Un filtre externe des appels d'offres pour les services adjudicateurs occasionnels permettrait de repérer ceux qui ne sont pas conformes et qui risquent de nuire au bon déroulement du projet.

Bien que les arrêts de la CDAP (anciennement le TA) concernant des recours déposés à l'encontre de procédures de marchés publics mises sur pied par des services de l'Etat soient rares<sup>62</sup>, la Cour a constaté que certains projets n'avaient pas été organisés de manière rigoureuse : cahier des charges imprécis, appels d'offres rédigés de manière ambiguë etc<sup>63</sup>.

Au-delà du strict respect de la législation sur les marchés publics, un contrôle permettrait de vérifier l'adéquation et la pertinence de certains documents de base pour la gestion d'un projet. L'appel d'offres est-il clair ? Le cahier des charges est-il suffisamment précis ?

---

<sup>62</sup> Comme cela a été constaté au chapitre V, le caractère presque exceptionnel des recours contre les services de l'Etat ne reflète pas forcément le fait que les marchés de ces derniers sont conformes. En effet, les soumissionnaires évincés ne tentent un recours, qui s'ils ont une réelle chance d'obtenir des avantages (soit le marché lui-même, soit un prochain marché), dans le cas contraire, même en présence d'une réelle non-conformité, ils n'ont aucun intérêt à investir dans une procédure de recours qui n'offre, même en cas de gain, que des avantages pécuniaires restreints.

<sup>63</sup> Un arrêt illustratif concerne un marché prestations de service pour la réalisation du réseau cantonal de radiocommunication POLYCOM qui mentionne « ...le cahier des charges ne contenait nullement une liste claire et complète des prestations demandées.. » ou encore « ... Quant au programme à réaliser, il n'était pas défini de manière précise non plus, le nombre de stations à prendre en compte n'apparaissant pas clairement... » (TA 29.08.2003 N° affaire: GE.2003.0064)

A noter que la Confédération, suite à l'audit mené par le Contrôle parlementaire administratif, mais a établi une procédure de contrôle de conformité de la législation sur les marchés publics. Le Contrôle fédéral des finances est chargé de cette mission et procède à l'examen d'environ 17 contrats par année afin de vérifier si les procédures de marchés publics ont été respectées. Il procède tous les cinq ans environ à une étude transversale dans plusieurs offices sur l'application de la législation sur les marchés publics.

Le canton du Valais, dont la loi sur les marchés publics est actuellement en révision, prévoit un système de contrôle par pointage mené par le Département des travaux.

La mise en place d'une procédure de contrôle transversale à l'Etat de Vaud permettrait à l'administration centrale de remplir son rôle d'adjudicateur unique et de se responsabiliser en tant qu'entité.

### 30. Exemple d'organisation chez trois gros adjudicateurs

L'analyse des résultats des questionnaires a été complétée par des entretiens avec les trois services adjudicateurs principaux de l'Etat. Ces séances ont permis d'examiner plus précisément les modes d'organisation interne adoptés pour gérer les marchés publics, les contrôles de conformité pratiqués (point qui sera développé au chapitre VIII), ainsi que d'avoir une appréciation générale des services sur le dispositif.

#### 30.1 Service des routes (SR) : exemple d'intégration réussie des procédures de marchés publics à la gestion des projets

Le Service des routes (SR) est le principal organisateur de marchés publics à l'Etat de Vaud. Avec un budget d'investissement annuel de CHF 60 millions, il organise une quarantaine d'appels d'offres en procédure ouverte ou sélective par année.

Les procédures de marchés publics ont été intégrées aux différentes phases de projets du SR. Chaque projet est mené sous la direction d'un chef de projet qui bénéficie de l'appui du centre de compétence marchés publics du SR pour l'accompagner dans l'organisation de la procédure.

Le centre de compétence marchés publics interne du service des routes (CCMP-SR), qui a pour mission de piloter et de contrôler les marchés publics du service ainsi que d'établir des directives et documents de références. Il accorde une importance toute particulière à l'harmonisation de la gestion des marchés publics dans le service, et ce tant pour les marchés de travaux que pour les marchés de services. Des procédures, des documents et des méthodes d'évaluation standards ont été mis au point et sont soumis à un processus d'évaluation permanente et d'amélioration continue.

La CCMP-SR dispose d'un organigramme et d'un cahier des charges et fonctionne sous la responsabilité d'un comité de pilotage. Elle est dirigée par responsables de projets qui assurent la coordination des travaux des plusieurs cellules. La première à vocation transversale a pour tâche de fournir un appui aux chefs de projets en matière législative et administrative pour la gestion des procédures ; c'est le répondant « marchés publics » du SR qui assume cette tâche, de même que celle de la tenue et la mise à jour des directives internes liées aux marchés publics au SR. Un responsable a été désigné pour la mise à jour des documents d'appel d'offres. Un autre responsable se charge pour le

secteur des prestations de services, d'accompagner le chef de projet lors des premières séances d'organisation du projet, de contrôler la conformité des documents utilisés et d'offrir un appui pour l'évaluation des offres pour les prestations de service. La dernière cellule qui a la même fonction que la précédente, est affectée au secteur des travaux.

Les marchés publics font en outre l'objet d'un reporting renseignant sur l'évolution des coûts réels en regard du montant d'adjudication arrêté et sur la tenue des délais en fonction des échéances prévues. Le reporting porte sur les projets (objet d'investissement) et sur les contrats (entreprises adjudicataires). Ce qui permet ainsi d'avoir une traçabilité des coûts et un comparatif entre les coûts annoncés et réels par projet et par fournisseur.

Le service des routes a en outre introduit des pratiques spécifiques dans la gestion de ses marchés publics. A l'issue de l'adjudication, il organise systématiquement une séance avec les principaux soumissionnaires évincés afin de leur en expliquer clairement les motifs. Cette pratique permet non seulement de dissiper des malentendus éventuels, mais également au service d'améliorer en continu ses procédures d'évaluation.

Grâce à son dynamisme à développer des méthodes d'organisation et d'analyse des marchés publics d'une part, et du fait qu'il est confronté suffisamment souvent à la nécessité d'organiser des procédures, disposant de fait d'une masse critique suffisante de marchés, le service des routes a pu mettre en place une gestion performante des marchés publics. Le système de contrôle des procédures mis en place permet en outre son amélioration continue.

Les procédures de marchés publics utilisées comme outil de pilotage, d'analyse de coûts et de qualité, contribuent ainsi à la standardisation et à l'harmonisation des pratiques de gestion de projet en vue de promouvoir la qualité et l'économicité des prestations. Il s'agit ici d'un exemple de réussite de l'application de la législation sur les marchés publics dans un service réalisant des projets complexes.

Parmi les services audités, il s'agit du seul service qui n'a pas émis de critiques ou réticences à l'égard de la législation. De l'avis de ce service, la procédure demande certes la mise à disposition de ressources, mais les avantages obtenus surpassent les inconvénients<sup>64</sup>.

### **30.2 Service Immeuble, patrimoine, architecture et logistique (SIPAL): organisation conforme mais réticences exprimées à l'encontre de la loi**

Le SIPAL dispose d'un répondant pour la mise sur pied des marchés publics réalisé pour lui-même ou pour le compte d'autres services. Les procédures sont généralement organisées par le mandataire externe responsable de l'organisation du projet. Un contrôle de conformité est effectué par le chef de projet, le répondant marchés publics et en bout de chaîne par les chefs de division concernés. Les procédures de marchés publics sont intégrées aux directives de construction édictées par le SIPAL (et appliquées également par les deux autres services constructeurs : le CHUV et le BUD).

---

<sup>64</sup> Si le système est qualifié de performant au niveau du SR, on peut néanmoins s'interroger sur la performance globale de la gestion des routes cantonales. En effet, ces dernières sont du ressort des communes, pour tout le tronçon de traversée des localités. Il apparaît clair qu'une commune isolée, même avec le soutien de consultants spécialisés, n'a pas les moyens de gérer ses projets et appels d'offres et contrats comme le service des routes.

La division Architecture et Ingénierie est la principale entité concernée par les marchés publics au SIPAL, les autres étant la CADEV, la division Immobilier et, dans une moindre mesure, la division Patrimoine. Elle gère les travaux de construction pour le compte de la plupart des autres services. De ce fait, elle prend en charge les procédures de marchés publics correspondantes.

Les procédures de marchés publics ne sont pas utilisées à des fins de gestion et d'analyse au SIPAL comme c'est le cas au service des routes. Il n'y a pas de reporting et la traçabilité des activités n'est pas organisées en fonction des marchés publics. L'organisation mise en place vise principalement à se conformer à la législation afin d'éviter les recours.

Le SIPAL a, pour la majorité de ses représentants rencontrés lors de l'audit, exprimé des réticences à l'égard des dispositions actuelles de la législation sur les marchés publics. Selon eux, si le bien-fondé du principe de mise en concurrence des soumissionnaires n'est pas mis en cause, certaines modalités d'application requises par la loi actuelle portent préjudice à son efficacité et empêchent d'atteindre ses objectifs. Par exemple, le fait qu'une fois l'appel d'offres lancé, des modifications du cahier des charges sont interdites. En outre, le SIPAL invoque le surcroît de travail lié à l'application de cette législation. Le SIPAL relève d'autre part que, depuis l'entrée en vigueur de la loi, les valeurs-seuils des procédures ouvertes n'ont jamais été indexées.

La Cour constate que les inconvénients de la loi paraissent réels. Mais ces derniers sont-ils tels qu'ils contrecarreraient les bénéfices économiques amenés par le renforcement de la situation de concurrence ? Ici encore, on ne peut que regretter l'absence de résultats chiffrés sur les impacts de la loi sur les marchés publics au niveau des coûts et de sa performance en regard des objectifs qu'elle poursuit (voir chapitre III), il n'est pas possible de porter un jugement sur le bien-fondé des reproches formulés à son encontre.

### **30.3 Direction des services d'information (DSI) : organisation structurée, mais avis mitigé sur l'efficacité de la législation sur les marchés publics**

La Direction des systèmes d'information (DSI) gère des projets complexes de services et de fournitures. Il organise entre 5 et 10 marchés concurrentiels par année. En 2010 son budget d'investissement s'est élevé à CHF 12 millions. C'est le service qui octroie des mandats externes pour le montant le plus élevé (CHF 6 millions en 2010).

Le Centre de compétence des contrats et des achats de la DSI fonctionne comme cellule d'expertise en matière de marchés publics. Un responsable expérimenté consacre 60% de son activité à accompagner les procédures de marchés publics organisées par les chefs de projet qui bénéficient ainsi d'un support personnalisé en interne. Les marchés publics concurrentiels font l'objet d'un suivi détaillé.

Si la DSI n'a pas une opinion aussi négative sur les dispositions de la législation sur les marchés publics que le SIPAL, il n'en partage pas moins le même avis sur plusieurs aspects qui nuisent à la performance du système. Tout d'abord, il déplore l'interdiction de ne pas pouvoir négocier les prix une fois les offres déposées. Sur des contrats de plusieurs millions, ce sont parfois des centaines de milliers de francs qui pourraient être économisés.

La DSI mentionne également certains types de marchés qui ne sont pas adaptés aux règles actuelles de marchés publics, par exemple la location de services externes. Il s'agit de recours à des spécialistes système ou de logiciel, généralement pour des situations d'urgence. Les délais d'organisation des

procédures ouvertes sont trop longs. Actuellement la DSI fait appel à une dizaine de firmes prestataires de ces services. Pour se conformer à la législation sur les marchés publics, la DSI envisage de lancer un appel d'offres afin de sélectionner deux firmes pouvant fournir des prestations « à la carte » et sur appel. Cette manière de faire se conforme certes à la législation, mais a pour effet de restreindre la concurrence, puisque le nombre de firmes en lice pour octroyer la prestation passe de dix à deux. A terme cela nuit même à la concurrence, les huit autres entreprises n'ayant plus de mandat de l'Etat.

D'un autre côté, la DSI reconnaît aussi des avantages à cette législation qui a introduit la mise en concurrence dans les achats publics et prévient une certaine « routine » de s'instaurer. D'autre part, le fait de ne pouvoir modifier son cahier des charges une fois l'appel d'offres lancé, oblige le service à procéder à une analyse des besoins poussée et accorder un soin particulier à la réalisation de son appel d'offres. Ce travail, qui peut être réalisé grâce aux compétences développées en interne dans le service, permet un meilleur calibrage du projet.

### **30.4 Trois adjudicateurs : trois façons pratiques différentes**

L'examen de l'organisation des marchés publics auprès de services expérimentés montre que là aussi, les disparités d'application sont importantes. Les avis au sujet de l'efficacité des dispositions de marchés publics sont également contrastés.

Il apparaît que le type d'activité de l'entité adjudicatrice est un facteur important qui conditionne en partie la bonne ou mauvaise application des dispositions de la législation sur les marchés publics. Il est indéniable que certains marchés, comme la location de services externes pour l'informatique ou d'autres marchés à caractère urgent ne se prêtent pas aux procédures de marchés publics concurrentiels qui n'offrent pas suffisamment de souplesse.

Ici à nouveau, force est de regretter l'absence d'indicateurs évaluant la performance de la loi en particulier au niveau du prix. De telles données objectives permettraient de mettre en balance les avantages et inconvénients de cette loi et argumenter sur les fondements des griefs présentés à son encontre.

## **31. Problèmes de conformité fréquents mais difficilement détectables**

Comme expliqué dans le chapitre introductif, cet audit n'avait pas pour objectif de vérifier la conformité des procédures ni de traquer les marchés n'ayant pas été soumis aux procédures correspondant à leur valeur. Il n'en reste pas moins que, de manière générale, le nombre d'objets soumis en appel d'offres concurrentiels est faible en regard du nombre de projets réalisés.

Des problèmes d'application touchent tout d'abord les prestations de services. Parmi ceux-ci, on peut citer des mandats externes reconduits tacitement, sans tenir compte du délai des quatre années et de la nécessité de remettre de marché en concurrence après cinq ans. Le manque de clarté dans l'information dispensée aux services et l'absence de contrôle interne explique en partie cette situation. On constate également nombre de mandats importants passés de gré à gré, pour des raisons d'urgence ou en complément de projets, mais qui n'ont pas fait l'objet d'une annonce sur [simap.ch](http://simap.ch) (« gré à gré d'exception » selon l'art 8 RLMP-VD).

Pour les marchés de construction, on note que les grands projets de la période sous revue, et qui ont fait l'objet d'un exposé des motifs et projet de décret (EMPD) voté au Grand Conseil, ont été mis en appel d'offres (Beaulieu, projets d'infrastructures routières). Par contre, de nombreux autres projets votés dans le cadre d'EMPD de moyenne envergure, mais qui au total dépassent les seuils concurrentiels, ne trouvent pas leur correspondant sur simap.ch, les marchés ayant été fractionnés (ce qui est en principe possible jusqu'au code CFC à 3 chiffres). En cas de scission des marchés de construction, il n'est pas aisé de contrôler que les procédures ont été respectées, le texte de l'EMPD ne fournissant généralement pas d'explication sur la manière dont les appels d'offres ont été lancés<sup>65</sup>.

Le fait de fractionner les marchés afin de ne pas devoir se plier aux règles contraignantes des marchés publics, pose également une question d'efficacité et d'économicité. Il n'est en effet pas prouvé que la scission des marchés constitue une opération économiquement intéressante. Si l'objectif devient davantage de contourner la législation plutôt que d'utiliser les deniers publics de manière parcimonieuse, l'objectif de la législation est tout sauf atteint !

Dans l'annexe 1 figure une explication plus détaillée sur les pratiques interdites par la législation sur les marchés publics (chapitre III point 5.2).

## **32. Conclusions : formation, information, appui et contrôle à développer**

Le débat qui s'instaure inmanquablement lorsqu'il est question de marchés publics, à savoir s'agit-il d'une amélioration des performances ou, au contraire, d'une législation néfaste amène un premier constat. La législation en cause, largement conditionnée par des accords internationaux, constitue un carcan incontournable. S'agissant du droit interne, l'AIMP, qui régit les marchés publics également situés sous les seuils inférieurs à ceux du GATT/OMC, des modifications sont possibles pour autant que tous les cantons signataires donnent leur accord. Il s'agit-là d'une procédure relativement lourde et longue. La Cour rappelle aussi que le récent refus d'unification de la loi sur les marchés publics au niveau suisse par tous les cantons, laisse accroire qu'un changement n'est pas être envisageable à court terme. Les modifications proposées et argumentées par les autorités fédérales à cette occasion ont été laminées par les autorités de tous les cantons.

Au vu de l'ensemble de ce qui précède, il est urgent de mettre en œuvre des mesures pour rendre son application, si ce n'est productive, au moins d'empêcher qu'elle soit source d'inefficience.

---

<sup>65</sup> Les EMPD sont soumis au législatif, soumissions rentrées (les adjudications ayant déjà eu lieu afin de chiffrer les coûts au plus précis)

### Renforcer les supports à l'organisation des procédures

#### Constatation no 3

Les procédures de marchés publics sont complexes à organiser. Les services qui ne sont confrontés qu'occasionnellement ou exceptionnellement aux marchés publics ne sont pas suffisamment outillés pour mettre en place leurs propres procédures de manière conforme et efficace. Le Centre de compétence pour les marchés publics (CCMP), structure d'appui aux adjudicateurs, ne dispose pas de suffisamment de ressources pour les appuyer.

#### Recommandation no 3

- Développer et adapter l'information à l'intention des services, notamment via le site internet « marchés publics ».
- Offrir des formations adaptées aux collaborateurs en charge de l'organisation des procédures et de l'adjudication (comme pour la Confédération).
- Renforcer le CCMP pour conseiller et appuyer les services adjudgeant occasionnellement ou rarement dans la réalisation des procédures.

### Fixer le périmètre du marché conformément à la législation en évitant de fractionner les marchés

#### Constatation no 4

Le fractionnement d'un marché dans le but d'éviter les procédures de marchés publics concurrentielles constitue une manière éprouvée de contourner la loi. La manière de fixer le périmètre du marché n'est toutefois pas précisée dans la directive Druide 123 relative à l'organisation des marchés publics à l'Etat.

#### Recommandation no 4

- Pour les adjudicateur : veiller à appliquer une définition du marché conforme à la législation et à ne pas fractionner les marchés dans le but d'éviter les procédures concurrentielles de marchés publics.
- Préciser la définition du marché au niveau des directives de l'Etat et étayer les supports d'information pour les adjudicateurs avec des exemples concrets d'application à recommander et d'erreurs à ne pas commettre.

### Introduire un système de contrôle de conformité des procédures à l'Etat

#### Constatation no 5

L'organisation des marchés publics telle que mise en place à l'Etat de Vaud a pour conséquence que la législation sur les marchés publics est appliquée de manière disparate entre les services.

L'Etat de Vaud n'agit pas comme un adjudicateur unique, alors qu'en regard de la loi, elle en est un.

Aucun système de contrôle transversal des procédures n'est prévu au niveau de l'Etat.

Des non-conformités d'application de la législation sur les marchés publics sont constatées.

#### Recommandation no 5

- Instaurer une procédure de contrôle des appels d'offres concurrentiels avant leur publication sur simap.ch pour en vérifier la conformité et la cohérence (par exemple par le CCMP en lien avec la recommandation 1).
- Introduire des procédures de contrôle financier a posteriori sur les marchés publics concurrentiels de l'Etat à l'image du système instauré à la Confédération qui opère des contrôles par pointage (sur la base des outils et informations développés avec la recommandation no 2).
- Dans les exposés des motifs et projets de décrets (EMPD) présentant les projets d'investissements à soumettre au Grand Conseil, détailler les procédures de marchés publics utilisées afin de faciliter les contrôles par les instances politiques ou les organes de contrôle financier.
- Faire figurer les procédures de contrôle dans les directives de l'Etat.

### Clarifier les compétences et responsabilités des services co-adjudicateurs et de ceux qui octroient des subventions

#### Constatation no 6

En cas de délégation de compétence d'un service à un autre lors de l'organisation d'un marché public, les rôles et responsabilités de chacun sont insuffisamment clarifiés. En outre, aucune disposition ne fixe les devoirs et responsabilités des services octroyant des subventions en matière de contrôle de conformité des marchés subventionnés.

#### Recommandation no 6

- Clarifier les compétences en cas de délégation d'organisation des marchés publics à d'autres services.
- Etablir des règles transversales claires pour les services octroyant des subventions à des entités organisant des marchés publics en matière de responsabilité et compétence liées à ces marchés.
- Faire figurer ces dispositions dans les directives de l'Etat.

## CHAPITRE VII

### Que dire à ce stade de la performance de la loi ?

Les éléments soulevés dans le chapitre précédent, notamment les critiques adressées aux dispositions de la législation sur les marchés publics, nécessitent une évaluation de la performance de la loi. Malgré tous les griefs qui lui sont adressés :

- Cette loi amène-t-elle des économies pour les collectivités publiques ?
- Encourage-t-elle la concurrence ?
- Est-elle garante de l'égalité de traitement entre soumissionnaires ?
- Contribue-t-elle à lutter contre la corruption ?

Comme souligné précédemment, les données de base qui permettraient une telle analyse font défaut. La mise en œuvre des recommandations émises au chapitre III visant à développer la transparence sur le volume financier représenté par les marchés publics et à instaurer des reporting dans ce domaine constitue une première étape qui permettra de réaliser cette évaluation.

Pour l'heure seuls les avis d'experts et des différents milieux concernés peuvent nous donner une idée de la situation. Il semblerait qu'au niveau global, l'impact est plutôt positif et contribue effectivement à faire pression sur les prix. Cette « impression » demande toutefois à être confirmée par des faits.

### **33. Modifier des éléments de la loi: démarche nécessaire mais laborieuse**

#### **33.1 Nécessité de cibler les éléments problématiques**

Cependant, même en l'absence d'une évaluation solide sur les effets de la législation, il apparaît qu'elle contient des éléments problématiques. S'il n'est en principe pas du ressort de la Cour de recommander des modifications législatives, d'autant plus si celles-ci sont du niveau intercantonal, la Cour tient à relever des problèmes générés par certaines clauses préjudiciables à l'efficacité et aux buts mêmes de la loi.

#### **33.2 Mouvement en marche à l'échelle européenne**

L'Union européenne a récemment procédé à une vaste étude sur les éléments problématiques liés aux marchés publics. D'importants travaux d'analyse ont été réalisés afin de modifier les règles des marchés publics. Une enquête d'une grande ampleur a été organisée dans les différents pays de l'UE. Celle-ci a débouché sur un document listant une série de pistes pour en améliorer l'efficacité et l'efficience<sup>66</sup>.

#### **33.3 En Suisse : débats récurrents mais blocages fréquents**

On note que des réflexions sont menées depuis plusieurs années au sujet de la législation sur les marchés publics à différents niveaux en Suisse, notamment à la

---

<sup>66</sup> dont les principaux résultats sont résumés dans le « Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics : Vers un marché européen des contrats publics plus performant », Commission européenne, janvier 2011

Confédération, pour tenter de répondre aux critiques qui ne manquent pas de s'élever au niveau fédéral également et proposer des modifications législatives.

Toutes les propositions d'amélioration se heurtent à de fortes résistances. Le projet global de révision proposé en 2008 et qui contenait une série de réformes visant à accroître l'efficacité et à harmoniser les législations fédérale et intercantonale, a échoué suite à l'opposition des cantons, sans qu'aucune contre-proposition ne soit présentée.

Une révision récente de la loi fédérale sur les marchés publics (régissant uniquement les marchés fédéraux) a été abandonnée suite à une forte opposition du Conseil national. Elle visait pourtant à accélérer les procédures pour les projets déclarés « urgents » et d'« intérêt national » en supprimant pour ces derniers l'effet suspensif en cas de recours<sup>67</sup>.

Cette décision du parlement est illustrative du climat entourant les débats liés aux marchés publics : alors que les critiques pleuvent sur ces dispositions, ces dernières, complexes dans leur formulation et leur application, suscitent une multitude d'interprétations et d'avis, d'où les réactions divergentes et de rejet qui s'expriment lors des projets de révision. Et dans la mesure où les acteurs sont nombreux, un compromis devient dès lors très difficile à atteindre.

### **33.4 La récente crise du « franc fort » relance le débat**

Le statu quo reste de mise, même si les débats parlementaires liés aux marchés publics connaissent des soubresauts liés aux aléas économiques. La crise du « franc fort » et ses conséquences néfastes pour les entreprises suisses en a été la récente illustration.

Quelques jours après avoir enterré le projet de révision de la loi afin d'accélérer les procédures, les parlementaires nationaux sont revenus déposer force projets afin de remettre en cause les principes mêmes de l'accord liant la Suisse à l'OMC. Invoquant le fait que certains pays appliqueraient assidûment des critères discriminant positivement leurs entreprises locales, et pratiqueraient de fait du protectionnisme masqué, certains demandent que la Suisse en fasse de même pour compenser le handicap dont souffrent les entreprises indigènes face à leurs concurrents européens avantagés par la force du franc<sup>68</sup>. Selon les comptes rendus issus de ce débat politique, le Secrétariat d'Etat à l'Economie a accordé une oreille attentive à ces revendications et plancherait sur un projet de révision allant dans le sens d'un inflexionnement de la législation vers des mesures plus protectionnistes en matière d'octroi de marchés.

### **33.5 Absence de structure de pilotage: obstacle sérieux aux réformes**

Dans ce climat à la fois nébuleux et électrique, on peut regretter, une fois encore, l'absence de structure de pilotage des marchés publics sur le long terme au niveau suisse comme au niveau intercantonal et cantonal.

Au niveau national, la Cour a rappelé au chapitre IV que la Commission Marchés publics Confédération Cantons (CMCC), n'assurait qu'un rôle de coordination. Dénué de pouvoir et de ressources, elle n'est pas en mesure d'établir un état des lieux objectif de la situation des marchés publics en procédant à un comparatif des législations (nationales et au niveau européen) ni de jouer un rôle proactif efficace pour l'amélioration du système.

<sup>67</sup> Débat du 13.09.2011 au conseil National sur les mesures visant à accélérer les procédures d'adjudication.

<sup>68</sup> « Politiker und Industrie fordern Schikanen für ausländische Anbieter » Tages Anzeiger 30.09.2010

Au niveau cantonal, l'attribution de la responsabilité du domaine des marchés publics au département assumant un rôle technique (infrastructure), sans moyen ni pouvoir d'action et l'absence de structure transversale de pilotage en lien avec les départements de l'économie et des finances, pourtant également concernés par les objectifs et les impacts de la législation, expliquent cette situation de blocage au niveau des réformes à entreprendre.

Sans instance de pilotage, transversale aux domaines concernés par la législation sur les marchés publics (finance, économie et acquisition publique), sans état des lieux ni analyse sérieuse et objective sur les impacts de la loi, le dispositif part à la dérive et manque ses objectifs.

## **34. Réformes prioritaires: structure de pilotage à établir et changements législatifs à introduire**

### **34.1 Structure de pilotage transversale à établir**

Les mesures recommandées dans ce chapitre par la Cour comme la réalisation de travaux d'analyse d'impact des marchés publics et la mise en place d'un système de gestion et de reporting n'ont d'utilité que si cela permet de constituer des outils d'aide à la décision pour le pilotage de la politique d'achats publics en lien avec les objectifs d'économie, d'efficacité et d'efficacité poursuivis par la législation sur les marchés publics.

Il est donc nécessaire de disposer d'une structure de pilotage transversale à l'Etat tenant compte à la fois des besoins de réglementation en termes d'acquisition, des objectifs financiers de la loi et de ses effets sur l'économie et réunissant les départements concernés à savoir les infrastructures, les finances et l'économie. Le pilotage est chargé des analyses et de la définition des orientations stratégiques de la législation et de son application. Cette structure est à créer.

### **34.2 L'interdiction de négocier : clause de la loi contestée par certains adjudicateurs consultés**

Concernant les éléments législatifs constatés comme étant les plus problématiques en regard des objectifs de la loi, citons d'abord l'interdiction de négociation une fois les offres déposées. Cette clause figure dans l'AIMP.

Lors des entretiens d'audit, plusieurs gros adjudicateurs ont déploré cette interdiction, qui les empêche soit de faire baisser les prix, soit d'introduire des prestations supplémentaires. Cet avis est partagé par la majorité des services adjudicateurs<sup>69</sup> s'étant exprimés sur cette question dans l'enquête menée dans le cadre de l'audit.

On rappelle que l'interdiction de négociation au cours de la passation des marchés publics vise tout d'abord à protéger les entités adjudicatrices de petite taille contre les risques d'irrégularités ou de corruption. Elle tient compte également du fait que ces dernières ne sont généralement pas suffisamment rompues à cet exercice, qui nécessite une solide expérience en la matière.

---

<sup>69</sup> 7 services estiment que la négociation serait favorable à la diminution de prix, 6 expriment l'avis que la négociation n'amènerait pas de baisse de prix, le reste des services n'ayant pas d'opinion à ce sujet. La grande majorité des gros adjudicateurs sont d'un avis favorable à la négociation.

La Cour souligne toutefois que si le risque d'irrégularités et de corruption est certes plus élevé en cas de séances de négociations, ces dernières tendent à diminuer les risques d'entente entre entreprises, phénomène qui touche davantage la Suisse que la corruption. Cette question sera reprise au chapitre X. De plus, on ajoute que la mise en place de mesures prévenant la corruption sont également envisageables.

Cela étant, la Confédération qui peut recourir à la négociation dans le cadre de ses marchés publics, organise des formations spécifiques à ce domaine afin d'appuyer les adjudicateur dans cette pratique<sup>70</sup>.

En outre, dans son « Livre Vert » sur les marchés publics, la Commission européenne se préoccupe de ce volet en précisant : « *Les parties concernées plaident souvent pour un assouplissement des procédures de passation et estiment notamment que les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir négocier les conditions du marché avec les soumissionnaires potentiels* ».

### **34.3 Valeurs des seuils : une révision à la hausse est nécessaire**

Un deuxième élément problématique de la législation porte sur le montant des seuils liés aux procédures d'appels d'offres concurrentiels fixés dans l'AIMP.

Plusieurs adjudicateurs rencontrés dans le cadre de l'audit estiment que les valeurs-seuils sont trop basses et que la mise en concurrence des soumissionnaires pour des marchés de trop faible importance n'est pas efficiente car elle génère trop de coûts.

Sur ce thème, il existe une étude mandatée par l'Union Suisse des Sociétés d'Ingénieurs-Conseils (USIC) à l'Université de St-Gall, visant à évaluer les seuils optimaux à fixer pour les marchés publics de services pour les prestations d'ingénieurs planification<sup>71</sup>.

Cette analyse basée sur l'examen d'un échantillon de marchés, révèle tout d'abord que, pour ce type de marché, le nombre de soumissionnaires tend à augmenter avec la diminution de la valeur du marché. La gestion des soumissions est donc plus lourde pour des marchés de moindre valeur à la fois côté adjudicateur et soumissionnaires. En tenant compte à la fois des coûts assumés par l'adjudicateur que de ceux supportés par les soumissionnaires, l'étude conclut qu'en dessous de certaines valeurs-seuils, la mise sur pied d'une procédure concurrentielle entraîne plus de coûts que cela ne génère de gains. Elle prône donc un relèvement des valeurs-seuils pour les prestations de services dans une fourchette de CHF 600'000 à CHF 870'000 (contre CHF 250'000 actuellement pour l'AIMP).

La Cour estime également qu'une réflexion dans le sens d'un rehaussement des valeurs-seuils au niveau de l'AIMP serait bénéfique à l'efficacité du système. En effet, les marchés qui échappent « en catimini » aux marchés publics sont tout essentiellement ceux qui se situent juste en dessus des seuils AIMP et sont difficile à repérer. Même en instaurant une instance de contrôle, il est impossible, et peu productif de vérifier la totalité de ces marchés. Il vaudrait mieux se concentrer à assurer la conformité et la performance des marchés de plus grande importance.

<sup>70</sup> Rappelons que la loi fédérale sur les marchés publics prévoit la possibilité de négocier les prix (pour les marchés de la Confédération).

<sup>71</sup> « Volkswirtschaftliche Kosten bei öffentlichen Ausschreibungen von Planeraufträgen », Projektleitung : Prof. Dr. Franz Jaehger, Projektarbeitung : lic.oecc. Thomas Höppli und lic.oec. Alover Atzenweiler

A noter que la question du relèvement des valeurs-seuils des procédures concurrentielles fait également l'objet d'un examen au niveau européen<sup>72</sup>.

### **Mettre en place une structure de pilotage transversale**

#### **Constatation no 7**

La législation sur les marchés publics ne concerne pas uniquement le Département des infrastructures (DINF), mais vise des objectifs d'économicité relevant de la politique financière de l'Etat menée par le Département des finances et touchant directement l'économie privée, dont la politique au niveau de l'Etat est du ressort du Département de l'économie.

#### **Recommandation no 7**

- Une structure transversale de pilotage des marchés publics est à créer afin de fixer des orientations en matière de gestion des marchés publics, conformes aux objectifs de la législation.
- Le pilotage stratégique doit se baser sur les éléments analytiques à mettre sur pied (recommandations 1 et 2) et contribuer à réformer le système et la législation pour ses éléments problématiques (voir recommandation 9).

---

<sup>72</sup> Voir note 68

## Mener une étude de performance sur les effets de la législation

### Constatation no 8

La législation sur les marchés publics est soumise à de fortes critiques, pourtant aucune étude de sa performance et de ses bénéfices éventuels n'a été menée à large échelle. A l'heure actuelle, les effets de la loi ne sont pas mesurés, (ni dans le canton de Vaud, ni d'ailleurs au niveau suisse ou dans d'autres cantons).

Dans le secteur de la construction, des différences de prix, parfois importantes, sont constatées entre les régions suisses pour des ouvrages similaires, y compris pour des constructions publiques. Au niveau vaudois, aucune analyse n'est réalisée en vue de trouver l'origine de ces écarts de prix. L'impact des marchés publics n'est pas analysé.

### Recommandation no 8

- Sur la base du système d'information développé pour améliorer la transparence, le reporting et le controlling des marchés publics (en lien avec les recommandations 1, 2, 5). Etablir des indicateurs permettant d'évaluer la performance de la législation.
- Analyser l'impact des procédures de marchés publics sur les différences de niveaux de prix et étudier l'adaptation nécessaire à y apporter pour réduire ces écarts.
- Les études de performance doivent être placées sous la direction d'une structure transversale de pilotage (voir recommandation 7)

## Réformer les éléments problématiques de la loi

### Constatation no 9

Parmi les critiques émises à l'encontre de la législation sur les marchés publics, celle relative au niveau des valeurs-seuils - trop basses-, paraît fondée à la Cour. Il s'agit d'un élément risquant de porter préjudice à l'efficacité et à l'efficience de ces dispositions.

### Recommandation no 9

Evaluer les avantages de rehausser les valeurs-seuils des procédures concurrentielles, et le cas échéant, viser une révision de l'AIMP.

## CHAPITRE VIII

# Contrôle des soumissionnaires: manque d'objectifs et pratiques disparates entre les services de l'Etat<sup>73</sup>

### 35. Conditions de participation selon la loi: accent placé sur l'égalité et la protection des travailleurs

Si l'objectif premier de la législation sur les marchés publics est de viser l'offre économiquement la plus avantageuse, le dispositif contient une clause prévenant que l'opération ne s'effectue au détriment des travailleurs et des travailleuses en pratiquant de la sous-enchère salariale. Il s'agit des critères absolus de participation des soumissionnaires au marché.

Le règlement d'application de la loi vaudoise sur les marchés publics précise ainsi à l'art. 6 sous le titre « Participants aux marchés », la nécessité pour l'adjudicateur de « ...s'assurer que les soumissionnaires respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes » et « ... garantissent par contrat que les sous-traitants respectent ces prescriptions. »<sup>74</sup>. Une attention toute particulière doit être accordée au respect des législations liées à ces domaines à savoir : la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg), la loi fédérale sur le travail au noir (LTN) et les dispositions légales relatives à la loi sur le travail, les assurances sociales, les conventions collectives de travail etc.

D'autres références liées à la conformité des soumissionnaires sont intégrées à l'article 32 RLMP-VD sous le titre « Motifs d'exclusion » qui reprend notamment les dispositions relatives à l'égalité, à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, mais mentionne encore d'autres motifs d'exclusion non directement liés aux marchés: « n'a pas payé ses impôts ou ses cotisations sociales », « n'a pas respecté des conditions dans des adjudications pendant les trois ans précédents », « a conclu des ententes qui contreviennent à une concurrence efficace ou y nuisent considérablement », « ne respecte pas les prescriptions concernant la protection de l'environnement », « fait l'objet d'une procédure de faillite », « a été reconnu coupable d'une faute professionnelle par une décision judiciaire »...

Ce sont toutefois les dispositions relatives à l'article 6 « Conditions de participation » qui sont mises en exergue. L'article 32 semble de portée moins large: les motifs listés donnent certes lieu une possibilité d'être exclu du marché en question, mais ne constituent généralement pas une faute grave donnant lieu à une sanction (selon la loi sur le travail au noir ou la loi sur les marchés publics<sup>75</sup>).

<sup>73</sup> Dans ce chapitre, nous centrerons à nouveau l'analyse au niveau des services de l'Etat, la situation chez les autres adjudicateurs (communes, institutions subventionnées) n'ayant pas été examinée.

<sup>74</sup> Art 6 RLMP-VD

<sup>75</sup> voir point 37.9.

## 36. Egalité entre femmes et hommes : contrôles inexistants

### 36.1 Egalité salariale visée

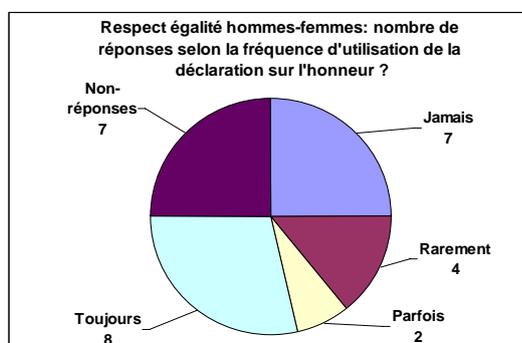
La disposition incluse dans la loi vaudoise sur les marchés publics relative à l'égalité entre les femmes et les hommes porte essentiellement sur l'égalité en matière de salaire. Elle est reprise intégralement de l'AIMP. Une telle clause figure également dans la Loi fédérale sur les marchés publics pour les marchés de la Confédération.

A noter que la disposition sur l'égalité salariale est basée non seulement sur une loi correspondante, la LEg mentionnée ci-avant, mais dispose également d'une base constitutionnelle (art.8 al. 3<sup>76</sup>).

### 36.2 Seule la déclaration « sur l'honneur » est utilisée à l'Etat de Vaud

Le Canton de Vaud n'a pas développé de procédure de contrôle de l'égalité au niveau salarial pour faire respecter cette disposition légale. Dans l'enquête menée dans le cadre de cet audit, aucun des services de l'administration n'a déclaré procéder à des contrôles spécifiques.

Dans le Guide romand des marchés publics figure un modèle de déclaration « sur l'honneur » en matière de respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes (Annexe P6). Parmi les services de l'Etat de Vaud interrogés, huit services ont déclaré utiliser cette déclaration sur l'honneur « toujours », sept « jamais », dont deux gros adjudicateurs.



La déclaration sur l'honneur constitue un premier pas permettant d'attirer l'attention des soumissionnaires sur l'exigence légale et constitutionnelle en matière d'égalité salariale, à laquelle la législation sur les marchés publics se réfère. En revanche, l'absence de procédure reconnue au niveau cantonal permettant à l'adjudicateur de contrôler la véracité de cette déclaration, en limite considérablement la portée. Aucun contrôle n'étant effectué, le soumissionnaire signataire de la déclaration ne s'expose ainsi à aucun risque de sanction s'il ne remplit pas les conditions stipulées.

A noter que le texte de la déclaration précise que « *Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de contrôler ou de faire contrôler la juste application de la LEg. Pour ce faire, elle peut exiger, à tout moment, la preuve du respect de l'égalité entre hommes et femmes, et en particulier de l'égalité salariale. Une instance*

<sup>76</sup> L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.

*externe, compétente sur le plan cantonal, peut être désignée pour effectuer ce contrôle.* ». Cette modalité n'a été suivie d'aucune action concrète à l'Etat de Vaud.

Suite à une motion déposée au Grand Conseil en 2006<sup>77</sup> demandant l'introduction de plusieurs mesures concrètes à l'Etat de Vaud en matière d'égalité dont « ...les entreprises soumissionnant pour des travaux publics doivent mettre en copie les résultats de « Logib »<sup>78</sup> plutôt que de ne s'engager que sur l'honneur de leur respect de la LEg » et « ...un des services de l'Etat(...) doit être désigné comme organe compétent pour contrôler l'application de la LEg dans les cas de figure mentionnés ci-dessus », le Conseil d'Etat a produit un rapport intermédiaire publié le 29 octobre 2008. Ce dernier annonce des travaux en cours dans ce domaine sous l'égide de la Conférence romande des marchés publics (CROMP) et la remise du rapport définitif au Grand Conseil pour octobre 2009. A ce jour, la motion est toujours pendante et le constat posé au paragraphe précédent toujours d'actualité. Les dispositions prévues par la législation sur les marchés publics ne sont pas respectées.

### **36.3 Une méthode développée et appliquée par la Confédération est disponible**

Pourtant, des méthodes de contrôle sont disponibles, et ce depuis plusieurs années, en particulier à la Confédération. Suite à l'audit du CPA en 2002<sup>79</sup> qui avait pointé l'absence de méthode visant à vérifier les dispositions en matière d'égalité salariale lors de la passation de marchés publics, le Bureau fédéral à l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) a été mandaté pour mettre au point une méthode de contrôle.

Depuis 2006, la Confédération, par une collaboration entre l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL) et le BFEG, procède donc à des contrôles au moyen de cette méthode auprès d'entreprises adjudicataires (au minimum trois par année)<sup>80</sup>.

Cette procédure implique tout d'abord l'utilisation de l'application informatique « logib<sup>81</sup> » (Lohnleichheitsinstrument Bund) permettant de contrôler l'égalité des salaires entre femmes et hommes. Ce programme, mis à disposition gratuitement par la Confédération, se base sur un fichier Excel anonymisé relatif au personnel de l'entreprise contenant différentes variables (salaire, sexe, âge, formation, ancienneté, expérience professionnelle potentielle, position professionnelle, niveau de qualification requis etc.). Cette application, simple d'utilisation, est avant tout destinée aux entreprises, à des fins d'auto-contrôle, et pour les instances de contrôle, à titre de premier filtre, pour repérer les entreprises chez lesquelles d'importants écarts apparaissent. Ce logiciel est utilisable en principe uniquement pour les entreprises de plus de 50 employés et comportant une proportion de femmes de plus de 10%.

Selon l'expérience de la Confédération, le logiciel logib qui est une application standardisée ne permettant pas d'analyse approfondie, est utile pour un premier examen. Pour obtenir une véritable preuve en matière de discrimination salariale, il est toutefois nécessaire de procéder à des investigations plus poussées en

<sup>77</sup> Motion Fabienne Freymond Cantone, 20 novembre 2006 « Pour mieux faire respecter l'égalité salariale entre les femmes et les hommes ».

<sup>78</sup> Voir description de Logib au paragraphe suivant.

<sup>79</sup> Voir note 6

<sup>80</sup> Pour un descriptif de la méthode : « Approche méthodologique relative au contrôle de l'égalité salariale entre femmes et hommes dans les marchés publics de la Confédération » Instructions pour procéder au contrôle standardisé, BFEG, juin 2005

<sup>81</sup> [www.logib.ch](http://www.logib.ch)

analyse statistique et d'opérer un contrôle individualisé des données des entreprises. Plusieurs instituts ont développé une expertise dans ce domaine, dont l'Observatoire universitaire de l'Emploi de l'Université de Genève, pionnier dans l'élaboration de cette méthode<sup>82</sup>, reconnue par ailleurs par le Tribunal fédéral comme permettant d'identifier les cas de discrimination salariale au sein d'une même entreprise<sup>83</sup>.

Pour les entreprises où un écart salarial important lié au sexe est repéré lors du traitement des données via logib, le BFEG mandate un des instituts mentionnés ci-dessus pour une expertise complète, dont le coût s'élève entre CHF 15'000 et 25'000 selon le cas.

On relève que, même si le nombre d'entreprises contrôlées par la Confédération reste faible, la probabilité de faire l'objet d'un pointage n'est pas nul pour les entreprises adjudicataires, qui s'exposent de fait à des sanctions et ce qui constitue indéniablement un incitatif pour respecter les dispositions de la LEg en matière d'égalité salariale.

### 36.4 Projet pilote mené par le Canton de Berne

La Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie du Canton de Berne a lancé un projet-pilote auprès des entreprises soumissionnaires, qui, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011 sont incitées à utiliser le logiciel Logib à partir de leurs données et de joindre le résultat de l'analyse à leurs offres. Le Canton offre assistance aux entreprises à l'utilisation de logib. Conformément à la législation sur les marchés publics, le Canton de Berne procédera à des contrôles par pointage, à l'instar de la procédure adoptée par la Confédération.

D'autres cantons ont entamé des démarches afin de développer une méthode de contrôle. Par exemple la Ville de Genève a mandaté l'Observatoire universitaire de l'Emploi afin d'élaborer une méthode scientifiquement reconnue pour procéder à des contrôles pour des entreprises de moins de 50 employés.

### Mettre en place un système de contrôle d'égalité salariale

#### Constataion no 10

L'Etat de Vaud ne procède à aucun contrôle en matière d'égalité salariale entre femmes et hommes chez les entreprises soumissionnaires sur la base de la disposition contenue à l'art.6 RLMP-VD.

#### Recommandation no 10

A l'instar de la procédure en vigueur à la Confédération, instaurer un système de contrôle par pointage en matière de contrôle de l'égalité salariale entre femmes et hommes chez les soumissionnaires (ou adjudicataires). Envisager les solutions d'internalisation de ces contrôles (au moyen des compétences existantes au sein de l'Etat ou d'externalisation).

<sup>82</sup> « Approche économique des discriminations salariales et de l'évaluation des dommages subis », Professeur Yves Flückiger, Université de Genève, « Pratique juridique actuelle PJA, No 11, 2001 pp. 1340-1346

<sup>83</sup> ATF 130 III 145

## 37. Lutte contre le travail au noir et protection des travailleurs sur les chantiers publics: absence d'objectifs

### 37.1 Domaine d'étude vaste

La question des contrôles relatifs au respect des conditions de travail et de la protection des travailleurs constitue un vaste domaine, qui nécessiterait de passer en revue toutes les législations y relatives<sup>84</sup> et leur application. L'évaluation de l'efficacité et de l'efficience du système d'inspection du travail du Canton dépasse le cadre de notre étude et mériterait d'être traité comme un sujet en soi. L'objectif se limite donc ici à étudier quelles mesures ont été mises en place par le Canton pour faire respecter les clauses figurant dans la législation sur les marchés publics et les directives y relatives. Il s'agit également d'évaluer si le dispositif mis en place est à même de répondre aux objectifs de cette législation dans ce domaine.

### 37.2 Le secteur de la construction est le plus spécifiquement concerné

Les dispositions prévues par la législation sur les marchés publics en matière de protection des travailleurs (art. 6 RLMP) visent à assurer la conformité des prestations réalisées durant la durée du marché à adjudger. Ce sont donc les secteurs de la construction et des services qui sont concernés par cette clause. Dans le cas des fournitures, les prestations liées à leur production ayant été réalisées avant l'adjudication, et souvent par d'autres entreprises que le soumissionnaire, l'article 6 RLMP ne s'applique généralement pas<sup>85</sup>.

Le secteur des marchés publics le plus touché par des infractions à la loi sur le travail au noir ou par des non-conformités en matière de protection des travailleurs constatées en Suisse, est celui de la construction<sup>86</sup> et, dans une moindre mesure, le secteur du nettoyage<sup>87</sup>.

Les secteurs des services informatiques, de prestations d'ingénieurs, d'architectes, d'avocats ou d'autres mandataires externes, moins touchés par les problèmes d'emplois au noir ou d'infractions à l'assurance sociale ne donnent la plupart du temps pas lieu à des contrôles. La Cour ne les traitera donc pas dans cet audit, souhaitant nous concentrer sur le secteur de la construction, plus problématique.

---

<sup>84</sup> Les législations concernées par la « protection des travailleurs » et les « conditions de travail » concernent avant tout les lois sur les assurances sociales, l'assurance accident, la prévoyance professionnelle, les conventions collectives de travail, la loi sur le travail au noir, ainsi que toutes les réglementations en matière de sécurité, hygiène au travail etc.

<sup>85</sup> La question des conditions de travail en vigueur chez les entreprises ayant produit des fournitures peut être par contre intégrée dans les critères d'adjudication et faire l'objet d'une notation (voir chapitre VIII sur l'intégration des critères de développement durable).

<sup>86</sup> Et dans le domaine de la construction, ce sont les secteurs du coffrage et du ferrailage qui font appel à des tâches pénibles mais ne nécessitant pas de qualification particulière, qui sont essentiellement concernés par le travail au noir.

<sup>87</sup> Dans le cadre de cet audit, le système de contrôle des marchés publics des secteurs de la construction et du nettoyage a été passé en revue. La Cour ne traitera cependant ici que du domaine de la construction au sujet duquel des contacts ont été pris non seulement avec les adjudicateurs de l'Etat, mais également les partenaires sociaux, ce qui n'a pas été réalisé pour le secteur du nettoyage (pour lequel nous avons toutefois bien vérifié que des contrôles de conformité stricts étaient pratiqués lors de l'adjudication et qu'un suivi était réalisé en cours de contrat).

### 37.3 Contrôles de conformité : demandes d'attestations, consultation des partenaires sociaux et visites « sur le terrain »

#### 37.3.1 Attestations officielles : besoin de directives

Les contrôles sont de deux types. Ils visent tout d'abord à vérifier si l'entreprise verse ses cotisations aux différentes institutions d'assurances obligatoires relatives à son personnel et s'est engagée à respecter les conditions de travail de sa branche. En matière d'assurances sociales, des attestations de conformité de paiement des cotisations peuvent être obtenues pour l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance invalidité (AVS/AI) auprès de la caisse AVS de l'entreprise, de même pour la prévoyance professionnelle (auprès de la caisse de l'entreprise) et pour l'assurance-accident (auprès de la SUVA). Pour la vérification du respect des conditions de travail, des preuves d'une signature d'une Convention collective de travail (CCT) ou d'un contrat type de travail peuvent également être fournies par le soumissionnaire.

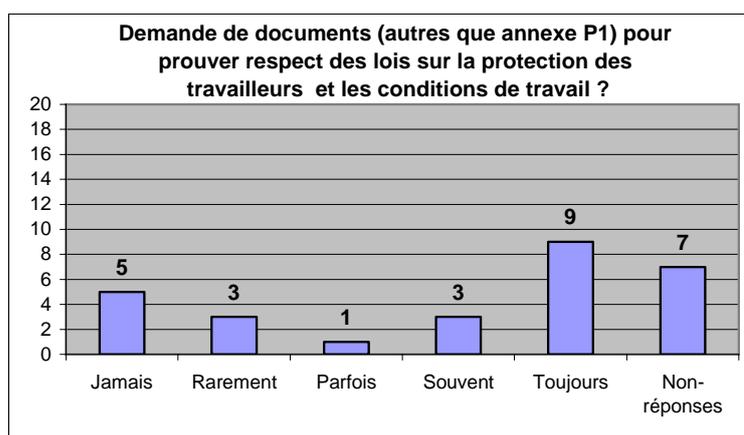
Le Guide romand, à l'annexe P2, fournit la liste des attestations de conformité des entreprises soumissionnaires qu'il est possible d'obtenir. Dans le Canton de Genève, il est obligatoire de fournir les attestations de cette liste.

Un modèle de déclaration sur l'honneur figure également dans l'annexe P1 précise la liste des attestations qui peuvent être requises sur demande.

A l'Etat de Vaud, la directive Druide 123 n'aborde pas la question des documents à exiger de la part des soumissionnaires.

Les réponses au questionnaire envoyé aux différents services dans le cadre de cet audit, indiquent que la plupart des services adjudicateurs, du moins les plus importants, demandent au minimum la déclaration sur l'honneur P1 (12 services l'exigent contre 7 qui ne l'exigent pas et 9 n'ayant pas répondu à cette question).

Bon nombre de services exigent également des attestations officielles supplémentaires, mais pas systématiquement, comme l'illustre le graphique ci-dessous.



On note également que la liste des documents exigés varie d'un service à l'autre.

Le sujet de la conformité des adjudicataires est important. La Cour estime nécessaire que l'Etat en tant qu'adjudicateur unique chapeautant les différents services en charge de l'organisation des procédures de marché public, définisse les contrôles de conformité à établir. La directive P1 devrait être systématiquement demandée. La directive Druide devrait donner des indications

sur ce sujet ainsi que préciser la liste minimale des attestations à fournir lors des soumissions.

Pour faciliter le travail des entreprises dans leurs requêtes d'attestation délivrées par l'Etat (Office des poursuites, impôts etc), il convient de préciser clairement les coordonnées des services ou offices auprès desquels, elles doivent s'adresser (par exemple sur le site internet « marchés publics »). Une recherche de simplification des démarches administratives dans ce domaine serait souhaitable, ce qui pourrait être facilité par l'introduction généralisée du nouveau numéro d'identification des entreprises de la Confédération (IDE) dans tous les registres de l'Etat.

### **37.3.2 Contrôles des chantiers « sur le terrain » : chantiers publics contrôlés au même titre que les chantiers privés**

Le deuxième type de contrôle est réalisé par les services d'inspection cantonale du travail et vise à déterminer si les conditions de travail requises sont bien respectées et si les employés sont en règle, conformément à ce qui a été annoncé par les attestations.

L'inspection du travail dépend du service de l'emploi. Il concerne tous les types de professions et d'entreprises.

Le secteur de la construction dispose depuis 1998 d'un propre dispositif de contrôle administré par les divers partenaires ayant intérêt au respect des dispositions en matière de protection des travailleurs et de respect de la loi sur le travail au noir : l'Etat, les milieux patronaux représentés notamment par la Fédération vaudoise des entrepreneurs, les syndicats et la SUVA. Il s'agit de la commission quadripartite de contrôle des chantiers ; six inspecteurs sont employés dans le contrôle des chantiers. La mission de contrôle de ces inspecteurs est vaste et concerne la vérification du respect de la loi sur les étrangers, du paiement aux assurances sociales, du respect des conventions collectives, de la législation sur la protection de l'environnement, le paiement de l'impôt à la source etc. L'Etat y est représenté par le Service de l'emploi et l'Administration cantonale des impôts.

En cas d'infraction constatée lors de l'inspection d'un chantier, les inspecteurs établissent un constat, consigné dans un rapport qu'ils adressent aux autorités spéciales<sup>88</sup> chargées de statuer s'il y a infraction ou pas.

Certains types d'infraction peuvent donner lieu à une dénonciation pénale adressée aux autorités judiciaires comme l'infraction à la loi sur les étrangers et à la loi sur le travail au noir. En cas de condamnation, c'est le Service de l'emploi, en tant qu'organe d'application de la loi sur le travail au noir, qui reçoit en premier l'information des instances judiciaires, puis la transmet au DINF si elle concerne une infraction constatée sur un chantier public.

On constate donc que le DINF, autorité de surveillance en matière de marchés publics, n'est pas intégré à la commission de contrôle des chantiers. Il est seulement informé « en bout de course » des cas ayant donné lieu à une condamnation pénale ou sur dénonciation des services adjudicateurs.

On relève également que la commission quadripartite, qui a pour tâche de contrôler les chantiers qu'ils soient publics ou privés, ne procède pas à

<sup>88</sup> Les principales autorités spéciales sont le service de l'emploi (SDE) et le service de la population (SPOP) pour les infractions à la loi sur les étrangers (LEtr), l'Administration cantonale des impôts (ACI) pour les infractions à l'impôt à la source, la commission paritaire syndicat-patronat (UNIA et FVE) pour une infractions à la convention collective correspondante, la SUVA pour le non-paiement des cotisations à l'assurance-accident et l'AVS pour le non-paiement des cotisations AVS.

davantage de contrôles sur les chantiers publics que sur les chantiers privés. Cette commission n'a reçu ni mission ni moyens pour accorder une attention toute particulière au contrôle des conditions de travail sur des chantiers publics.

#### **37.4 Plusieurs cas de travail au noir constatés sur des chantiers publics : des mesures s'imposent**

Durant ces deux dernières années, plusieurs cas de travail au noir qui ont été constaté sur des chantiers publics vaudois ont été largement relayé par la presse et ont suscité des interventions politiques<sup>89</sup>.

Compte tenu de l'importance de la problématique et des dégâts d'image que subit l'Etat en cas d'infraction à la loi sur le travail au noir ou d'autres législations touchant la protection des travailleurs, la Cour estime qu'une réflexion devrait démarrer sur les objectifs poursuivis par l'Etat en matière de conformité dans ce domaine. Car force est de constater que le système actuel de contrôle ne permet pas d'assurer la conformité des marchés de travaux publics ; les objectifs poursuivis par la législation sur les marchés publics ne sont pas réalisés.

Pour renforcer les contrôles des chantiers publics de l'Etat de Vaud, il s'agirait d'envisager une meilleure intégration « en amont » de l'autorité cantonale de surveillance des marchés publics, soit le DINF, dans la commission quadripartite. Des moyens supplémentaires seraient toutefois à envisager, en fonction des objectifs qui sont à déterminer.

#### **37.5 Exemple du Canton de Genève**

Comme exemple d'organisation de l'inspection du travail dans le cadre des marchés publics, on peut citer le Canton de Genève qui s'est fixé pour objectif que les chantiers publics respectent strictement la législation en matière de contrôle du marché du travail, (protection des travailleurs, lutte contre le travail au noir et lutte contre la concurrence déloyale). Une collaboration étroite existe entre les différents services : l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (OCIRT), les services adjudicateurs et différentes services de l'Etat. Les contrôles sur les chantiers publics sont intensifiés. Les partenaires sociaux sont très étroitement associés aux démarches. Pour des projets d'envergure, des mesures de contrôles sont renforcées (par exemple pour le chantier du CEVA).

De manière générale, dans le canton de Genève, les contrôles de conformité des soumissionnaires et des sous-traitants que réalisent l'OCIRT ne portent pas uniquement sur la phase précédant l'adjudication, mais se poursuivent lors de l'exécution du contrat. Les entreprises sont tenues de fournir en tout temps au service d'inspection du travail des preuves en matière de respect des conditions de travail et prestations sociales en usage, ce qui permet également d'opérer un contrôle sur les sociétés étrangères qui ne peuvent faire l'objet des mêmes contrôles que les suisses lors de la phase d'adjudication (les entreprises étrangères sont soumises à d'autres régimes de protection sociale et d'imposition).

---

<sup>89</sup> Sur le chantier de Beaulieu en septembre 2010 et sur le chantier de la transchablaisienne H144 en février 2011 notamment.

### **37.8 Contrôle des sous-traitants: marge de manœuvre juridique étroite mais mesures envisageables**

#### **37.8.1 Initiative parlementaire sur la responsabilité solidaire rejetée**

La question du contrôle de conformité des sous-traitants dans le secteur de la construction est problématique. Le travail au noir touche un nombre limité de professions (ferrailleurs, coffreurs principalement), mais y est répandu. Les contrôles sont difficiles car les entreprises de ce domaine font fréquemment faillite, pour renaître peu après sous un autre nom.

Le problème du travail au noir dans les travaux de sous-traitance a fait l'objet d'un certain nombre d'intervention au Grand Conseil. Dans le chapitre introductif, il a été fait mention de l'initiative du député Jean-Michel Dolivo demandant notamment d'introduire le principe de responsabilité solidaire de l'adjudicataire envers les employés de ses sous-traitants. Dans sa réponse à cette initiative, publiée sous forme de préavis<sup>90</sup>, le Conseil d'Etat a livré un avis juridique sur la question concluant que l'introduction d'une telle disposition dans la législation sur les marchés publics n'était pas réalisable d'un point de vue légal pour plusieurs raisons. En premier lieu, seule la relation juridique entre l'adjudicateur et l'adjudicataire relève du droit public, celle liant l'adjudicataire et ses sous-traitants est du ressort du droit civil<sup>91</sup>. Deuxièmement cela impliquerait que l'adjudicataire soit solidairement responsable pour le paiement des cotisations d'assurance-sociale des employés de ses sous-traitants. Or seule la Confédération est habilitée à légiférer en matière d'assurance-vieillesse, survivants et invalidité.

L'initiative, de même que le contre-projet du Conseil d'Etat qui proposait d'interdire la sous-traitance indirecte (« sous » sous-traitance), ont été rejetés en plénum (le 20 septembre 2011).

#### **37.8.2 Renforcer la collaboration avec les partenaires sociaux**

L'adjudicateur dispose toutefois de possibilité de contrôle au niveau des sous-traitants. Il peut exiger que les soumissionnaires lui fournissent la liste des sous-traitants avec leurs attestations. Il peut aussi demander la liste des sous-traitants et procéder à des vérifications de conformité de son côté.

A l'Etat, un système de contrôle des soumissionnaires et des sous-traitants a été mis en place chez les services constructeurs du DINF, ainsi qu'au CHUV, et a été intégré dans les directives de construction du SIPAL. La liste des sous-traitants doit être fournie lors de la soumission et est retranscrite dans les procès-verbaux d'ouverture des offres. Ces procès-verbaux sont ensuite envoyés aux partenaires sociaux de la commission paritaire (syndicat UNIA et la Fédération vaudoise des entrepreneurs), qui du fait de leur expérience « sur le terrain » ont une meilleure connaissance des problèmes de conformité liés à certaines entreprises que les services adjudicateurs et peuvent ainsi leur signaler les entreprises problématiques. L'adjudicateur peut ensuite exiger de son adjudicataire qu'il renonce à collaborer avec les entreprises signalées.

Ce système, bien que n'étant pas parfaitement fiable, l'adjudicateur devant se baser sur les recommandations des partenaires sociaux sans que des preuves irréfutables puissent être fournies, donne néanmoins satisfaction aux services qui

<sup>90</sup> Préavis du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur l'initiative Jean-Michel Dolivo et consorts visant à mettre hors-la-loi le dumping social et salarial pour les entreprises sous-traitantes dans l'adjudication des marchés publics et contre-projet de loi modifiant la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics, juin 2010.

<sup>91</sup> Dans l'annexe 1 au chapitre V, la question de l'articulation entre la phase de droit public et de droit privé est explicitée.

l'utilisent. Il s'agit en effet du seul moyen d'obtenir des informations, y compris pour des entreprises provenant d'autres cantons, et ce rapidement sans que cette procédure ne représente une charge de travail trop lourde pour l'adjudicateur.

Cette procédure devrait toutefois être prolongée durant la phase d'exécution du contrat, car lors de chantiers importants, le délai qui s'écoule entre le moment de l'adjudication et celui du démarrage du chantier, peut être long (une année, voire davantage). Après l'adjudication, le projet doit en effet être mis en consultation puis être soumis au Grand Conseil sous forme d'Exposé des motifs et projets de décret (EMPD). S'il n'y a généralement pas de modification des entreprises adjudicatrices, il y a souvent des changements quant aux entreprises sous-traitantes.

Pour que le système de contrôle soit réellement efficace, il est nécessaire que l'adjudicataire signale tout changement relatif aux entreprises sous-traitantes à l'adjudicateur qui les transmet aux partenaires sociaux pour validation, selon la même procédure que pour l'adjudication. Cette mesure est encore à généraliser à l'Etat.

### **37.8.3 Charte éthique de la Ville de Lausanne**

S'il n'est donc pas possible de légiférer sur la responsabilité solidaire via la législation sur les marchés publics, un adjudicateur peut par contre intégrer des clauses liant l'adjudicataire aux sous-traitants dans le contrat consécutif à l'adjudication, ainsi que dans les contrats-cadre. Le principe de la responsabilité solidaire peut y être intégré.

La Ville de Lausanne, dans le cadre de la construction d'un complexe de logements sur un terrain dont elle est propriétaire, a récemment lancé un projet de charte liant les deux maîtres d'ouvrage et l'entreprise générale de construction afin de combattre la sous-enchère salariale et le travail au noir. L'accord établit que les adjudicatrices sont responsables de leurs sous-traitants pour le respect de la loi sur le travail et des conventions collectives de travail. En outre, il « ...prévoit des dispositions de contrôle des ouvriers sur les chantiers. Une collaboration régulière entre les différents partenaires permettra également d'assurer un suivi de la démarche, du début à la fin de l'opération <sup>92</sup> ».

En conclusion, si la marge de manœuvre est limitée en matière de responsabilisation des adjudicatrices envers les sous-traitants du point de vue de la loi sur les marchés publics, des possibilités d'agir existent néanmoins et sont du ressort de chaque entité adjudicatrice.

### **37.9 Système des sanctions en matière de marchés publics**

Les violations graves des dispositions relatives à la protection des travailleurs ou à la loi sur le travail au noir durant la phase d'adjudication ou durant la phase d'exécution du contrat sont considérées comme infractions sérieuses à la législation sur les marchés publics. Ce sont des motifs qui peuvent donner lieu à des sanctions sous forme d'amende ou d'exclusion.

Le système des sanctions, dans la mesure où celui-ci est utilisé, contribue également à lutter contre le travail au noir dans les travaux de sous-traitance.

---

<sup>92</sup> Communiqué de la Ville de Lausanne du 13 octobre 2011

### 37.9.1 Sanctions selon la LMP-VD : le DINF ne dispose pas de tous les outils nécessaires à sa mission

Le premier type de sanction se fonde sur l'article 14 LMP-VD qui stipule que « *Les violations intentionnelles ou par négligence des règles régissant les marchés publics par un soumissionnaire pendant la procédure d'adjudication ou l'exécution du contrat peuvent selon leur gravité être sanctionnés par l'adjudicateur par l'avertissement ou la révocation de l'adjudication. Le Département des infrastructures, sur dénonciation peut prononcer une amende allant jusqu'à 10% du prix final de l'offre et/ou l'exclusion de tout nouveau marché pour une durée maximale de cinq ans...* ».

Il est tout d'abord à noter que le Canton de Vaud est un des rares cantons qui a attribué au département en charge des travaux publics, soit Département des infrastructures (DINF) la compétence d'infliger ces sanctions. Dans les autres cantons, c'est généralement le service en charge de l'emploi et responsable du secteur de l'inspection du travail, à qui incombe cette mission.

Pour qu'une sanction soit infligée en vertu de la législation sur les marchés publics, il est donc nécessaire qu'une « dénonciation » soit adressée au DINF par l'adjudicateur, soit pour l'Etat, le service en charge du marché public. Le DINF n'a pas le pouvoir de lancer une investigation par lui-même<sup>93</sup>. A la suite d'une dénonciation de l'adjudicateur, le DINF détermine si les dispositions sont violées de manière grave ou non et si une sanction s'impose.

L'administration d'une sanction en vertu de la législation sur les marchés publics est un processus lourd et laborieux. Le DINF ne dispose pas d'une expérience étendue en matière de législation sur le travail et sur le travail au noir. N'étant pas membre de la commission de contrôle des chantiers, il n'est pas aussi bien informé de la situation que les autres partenaires. Il n'a par ailleurs pas accès à la base de données du service de l'emploi qui répertorie tous les cas d'entreprise ayant enfreint la loi sur le travail au noir (selon l'art. 5a du règlement d'application de la loi vaudoise sur l'emploi).

Le DINF n'est donc pas en mesure, sur la base par exemple d'une dénonciation visant une entreprise particulière pour non-respect la loi sur le travail au noir, de savoir s'il s'agit d'une entreprise récidiviste ou non, et d'avoir tous les éléments en main pour déterminer la gravité de l'infraction qui lui est rapportée lors d'une dénonciation.

La difficulté pour le DINF de constituer un dossier et de rassembler les éléments nécessaires à l'administration d'une sanction explique qu'une seule amende ait été infligée à ce jour en vertu de la législation sur les marchés publics. Elle a été infligée à une entreprise générale, mandatée pour la réalisation d'un ouvrage de près de CHF 20 millions dans le cadre du chantier de la route transchablaisienne H144, qui avait sous-traité des travaux de ferrailage à une entreprise qui employait des ouvriers non-déclarés. Ce constat, établi par la commission cantonale des chantiers en février 2011, avait donc été transmis par le service adjudicateur (le service des routes) au DINF qui a décidé de sanctionner l'entreprise adjudicataire employant les sous-traitants en infraction par une amende de CH 60'000<sup>94</sup>. Un recours a été déposé par l'adjudicataire à la Cour de droit administratif et public (CDAP), qui a rejeté ce recours (le 3 octobre 2011), confirmant donc la décision du DINF.

<sup>93</sup> encore moins de procéder à des visites de chantiers, qui relève de la seule compétence des inspecteurs du travail.

<sup>94</sup> L'article 6 al. 2 RLMP VD précise que « l'adjudicateur s'assure que les soumissionnaires garantissent par contrat que les sous-traitants respectent ces prescriptions ». Comme le contrat avait été signé selon cette clause, cela a incité l'adjudicateur, à savoir le service des routes à infliger cette sanction à l'entreprise qui avait sous-traité.

La Cour est d'avis que le fait d'attribuer au DINF le pouvoir d'infliger des sanctions en matière de non-respect de la législation sur les marchés publics est conforme avec son rôle d'autorité cantonale de surveillance en la matière. Le DINF devrait toutefois pouvoir disposer de toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa tâche. Un accès aux informations figurant dans la base de données du service de l'emploi répertoriant les infractions à la loi sur le travail au noir et à la loi sur les étrangers devrait lui être octroyé, même si une adaptation du règlement de la loi sur l'emploi s'avère nécessaire.

La Cour est également d'avis qu'une coordination entre le service de l'emploi, qui traite des constats et des sanctions en matière d'infraction à la loi sur les étrangers et la loi sur le travail au noir, et le DINF devrait se développer, afin d'éviter que des infractions à ces dispositions soient sanctionnées selon des critères différents selon qu'il soit traité par l'une ou l'autre de ces entités.

On relève également un risque que les sanctions soient inégalement attribuées. En effet, le DINF figurant parmi les principaux adjudicateurs et se trouvant être en charge de l'administration des sanctions, « dénonce » donc à lui-même automatiquement les cas touchant son département qu'il juge grave. Il n'y a par contre pas de procédure automatique de dénonciation de la part des services des autres départements. Des directives devraient être établies pour appuyer les services adjudicateurs de travaux de construction extérieurs au DINF : CHUV, BUD, SESA et les services subventionnant des institutions qui réalisent des constructions (SSP, SPAS etc) afin de les aider à identifier les cas qui doivent faire l'objet d'une dénonciation.

### **37.9.2 Sanctions selon la Loi sur le travail au noir (LTN): même constat**

L'article 13 de la LTN précise qu'en cas de violation importante ou répétée des principales dispositions (annonce et autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers), l'employeur peut être exclu des futurs marchés publics communaux, cantonaux et fédéraux pour une durée de cinq ans maximum. Cette mesure d'exclusion ne peut être décidée que suite à une condamnation de l'autorité judiciaire, et ce contrairement aux sanctions infligées selon la loi sur les marchés publics dont il était question au point précédent.

Le processus de transmission d'information est le suivant: le DINF est automatiquement renseigné par le service de l'emploi sur les entreprises vaudoises ayant fait l'objet d'une condamnation selon la LTN. Le DINF est ensuite chargé de statuer sur une exclusion éventuelle des marchés publics. La liste des entreprises exclues des marchés publics par canton est publiée par le Secrétariat d'état à l'économie (Seco).

Début octobre 2011, on compte six entreprises vaudoises ayant fait l'objet d'une exclusion des marchés publics.

Concernant l'application de cette disposition de la loi sur le travail au noir relativement aux marchés publics, on relève le même problème que pour le point précédent. Le DINF n'a pas tous les éléments pour juger de la gravité du cas. Il serait nécessaire de savoir si l'entreprise a fait préalablement l'objet de constats d'infraction (sans forcément avoir été condamnée).

Une collaboration inter-cantonale devrait s'instaurer pour que la liste des entreprises condamnées soit transmise à toutes les autorités cantonales de surveillance des marchés publics. En effet, si une entreprise basée dans un autre canton enfreint la loi sur le travail au noir sur un chantier public vaudois, et que cela débouche sur une condamnation pénale décidée par l'autorité judiciaire du

canton d'origine de l'entreprise, le DINF n'est pas automatiquement informé de cette décision.

### **37.10 En conclusion : des objectifs sont à fixer et les moyens sont à adapter en fonction**

En conclusion de ce chapitre, la Cour relève d'abord que la question du contrôle des conditions de travail, de la protection des travailleurs et la lutte contre le travail au noir est une problématique complexe, qui dépasse le sujet des marchés publics et donc ce thème d'audit.

Il n'en reste pas moins que des problèmes évidents sont constatés : des cas de travail au noir étant toujours à déplorer, y compris sur des chantiers publics.

On relève tout d'abord que les services de l'Etat de Vaud procèdent certes à des contrôles de conformité des entreprises lors de l'adjudication. Par contre, il n'existe pas de directive harmonisée au niveau de l'Etat, indiquant les contrôles minimaux à effectuer (attestations officielles). Les pratiques sont donc disparates.

On note ensuite que le Canton de Vaud a utilisé la possibilité de sanctionner les entreprises contrevenant à la loi sur le travail au noir dans le cadre des marchés publics. Le nombre de sanctions reste toutefois faible. Cette situation est tout d'abord due à l'absence d'objectifs fixés au niveau cantonal en matière de respect de la législation sur la protection des travailleurs et le travail au noir sur les chantiers publics. Dans la situation actuelle, les contrôles sur les chantiers publics sont aussi intensifs que sur les chantiers privés.

Deuxièmement, la structure de la commission quadripartite de contrôle des chantiers n'a pas été adaptée par l'entrée en vigueur de la législation sur les marchés publics. Le DINF chargé d'administrer les sanctions pour infraction aux dispositions en matière de marchés publics n'a pas été intégré à cette commission. Il est uniquement informé « en bout de course » des cas d'infractions, dans la mesure où il est adjudicateur, et pour les cas où une condamnation pénale est tombée. Dans les cas où c'est un service d'un autre département qui est adjudicateur (ou s'il s'agit d'une commune ou d'une institution subventionnée), le DINF n'est informé que sur « dénonciation » des cas d'infraction. Le DINF n'a pas accès à la base de données du service de l'emploi qui recense les cas d'infractions à la loi sur le travail au noir et manque donc d'éléments pour pouvoir juger de la gravité des cas qui lui sont soumis.

De plus, l'analyse des cas donnant lieu à des sanctions constitue une tâche lourde et délicate, qui n'a fait l'objet d'aucun octroi de moyens ni ressources supplémentaires pour le DINF, qui ne dispose rappelons-le que de 1 poste équivalents-plein temps pour toute l'application transversale de la législation sur les marchés publics...

***Respect des législations sur la protection des travailleurs dans les marchés publics:***

**Objectifs à définir et moyens à adapter**

**Constatation no 11**

L'Etat de Vaud n'a pas défini d'objectifs mesurables en termes quantitatifs et qualitatifs en matière de respect et de contrôle des législations sur le travail au noir et sur la protection des travailleurs sur les chantiers publics ; la législation sur les marchés publics consacre pourtant un volet sur la nécessité de contrôler ces aspects. Des objectifs sont à définir.

Aucun moyen ni ressources supplémentaires n'ont été alloués pour permettre à l'autorité de surveillance des marchés publics (le DINF) de remplir sa mission consistant à administrer des sanctions en matière d'infraction à la législation et d'avoir accès à toutes les informations nécessaires à cette tâche.

Des cas de travail au noir ont été récemment constatés sur des chantiers publics.

**Recommandations no 11**

- Définir des objectifs en matière de respect des dispositions sur le travail au noir et sur la protection des travailleurs sur les chantiers publics, en collaboration avec le Département de l'économie, et adapter les moyens des instances responsables des contrôles et de l'administration des sanctions.
- Donner accès au DINF aux informations lui permettant d'effectuer sa mission d'administrer des sanctions. Développer la collaboration entre le DINF et le service d'inspection du travail.

**Harmoniser les pratiques de contrôle des soumissionnaires à l'Etat et renforcer le contrôle des sous-traitants**

**Constatation no 12**

L'Etat n'a édicté aucune règle pour les contrôles de conformité des soumissionnaires avant l'adjudication. Les pratiques sont ainsi très diversifiées entre services.

**Recommandations no 12**

- Etablir rapidement des directives de l'Etat définissant les contrôles de conformité des entreprises soumissionnaires (liste des attestations) et envisager une modification de la loi dans ce sens.
- Pour le secteur de construction :
  - o généraliser la collaboration avec les partenaires sociaux pour le contrôle de conformité des soumissionnaires et des sous-traitants (réalisée par les services du DINF) à tous les services constructeurs de l'Etat.
  - o poursuivre la collaboration durant la phase d'exécution du contrat pour le contrôle de conformité des entreprises et des sous-traitants.

## CHAPITRE IX

# Développement durable dans les marchés publics : objectif de législature et réalisations concrètes

Comme pour le sujet présenté au chapitre précédent, seule l'introduction des critères de développement durable<sup>95</sup> à l'Etat en lien avec les procédures de marchés publics est examinée. Cette partie n'a pas pour ambition d'auditer l'ensemble des actions étatiques menées en matière de développement durable, ce qui dépasse largement le cadre de notre audit et qui constitue également un sujet en lui-même.

### 38. **Intégration des critères de développement durable dans les marchés publics : marge de manœuvre réelle mais limitée**

Le développement durable est en partie intégré dans les objectifs principaux de la législation sur les marchés publics, mais pour le volet économique uniquement, au sens que les marchés publics visent, rappelons-le, à favoriser l'offre économiquement la plus avantageuse et à stimuler la concurrence et donc par conséquent à dynamiser l'économie et l'emploi.

Pour les aspects sociaux, pour ce qui relève de la protection des travailleurs et la question de l'égalité entre femmes et hommes, comme vu au chapitre précédent, la nécessité de respecter les dispositions en la matière figure textuellement dans la législation sur les marchés publics. Les principes du développement durable pour son volet social vont cependant plus loin et s'appliquent non seulement aux prestations produites au cours de l'exécution du contrat consécutivement à l'adjudication, mais à toute la chaîne de production située en amont.

Quant au volet écologique, il ne fait pas partie explicitement des principes de base régissant les marchés publics, mais il peut y être intégré dans une certaine mesure, compte tenu de la marge de manœuvre laissée à l'adjudicateur dans ses critères de choix d'acquisition. Au niveau européen, la jurisprudence a admis l'acceptation de ces critères<sup>96</sup>. En Suisse comme dans le canton de Vaud, le développement durable et son volet écologique font partie de ces critères qui ont été intégrés à la législation.<sup>97</sup> Au niveau vaudois, un pas supplémentaire a été franchi avec la disposition figurant dans le règlement d'application qui autorise l'utilisation d'éco-labels si l'adjudicateur prescrit des caractéristiques environnementales<sup>98</sup>.

On souligne toutefois que la prise en compte des critères écologiques a ses limites, ne pouvant entrer en contradiction avec les principes fondamentaux de la législation. Par exemple, il est interdit de privilégier des entreprises locales

<sup>95</sup> Le développement durable est un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la possibilité, pour les générations à venir, de pouvoir répondre à leurs propres besoins. Il repose sur les trois piliers économiques, sociaux et écologiques, selon la notion diffusée lors du Sommet de la Terre de Rio de Janeiro en 1992.

<sup>96</sup> Par exemple, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a estimé dans un arrêt du 4 décembre 2003 (affaire C-448/01 EVN/ Wienstrom) que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur retienne, dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'attribution d'un marché de fourniture d'électricité, un critère d'attribution exigeant la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables.

<sup>97</sup> La loi vaudoise sur les marchés publics mentionne explicitement à l'article 6 « Lors de la passation de marchés, les principes suivants doivent être respectés : ... » al fbis « respect des principes du développement durable ».

<sup>98</sup> RLMP-VD art 16 al 6 « Lorsque l'adjudicateur prescrit des caractéristiques environnementales, il peut utiliser des spécifications certifiées par des éco-labels, pour autant qu'elles soient appropriées pour définir les caractéristiques des fournitures ou des prestations faisant l'objet du marché. L'adjudicateur veillera à utiliser, autant que possible, des éco-labels européens et pluri-nationaux.

pour l'unique motif que d'un point de vue écologique, les transports génèrent moins de pollution. La question n'est cependant pas aussi nettement tranchée dans les faits. La jurisprudence autorise toutefois des exceptions pour les adjudications de marchés comportant une part importante de prestations de transport<sup>99</sup>.

Toutefois les critères de développement durable allant au-delà du socle légal et étant de plus liés à des aspects périphériques du marché, ils ne peuvent faire l'objet d'une pondération trop importante. C'est pourquoi on souligne que si la marge de manœuvre est réelle pour introduire ces critères, elle reste toutefois limitée.

### **39. Programme de législature 2007-2012 sous le signe du développement durable**

La dernière législature (de 2002) et la législature actuelle ont été marquées par l'intégration des principes de développement durable à l'Etat de Vaud. L'impulsion donnée aux actions étatiques a été renforcée par la création au DINF de l'Unité de développement durable (UDD) au début de la législature précédente.

On relève encore que le programme de législature du Conseil d'Etat 2007-2012 et les objectifs fixés dans ce cadre ont été établis selon les critères de développement durable. La mise en place d'un Agenda 21, fait partie intégrante du programme<sup>100</sup>, et inclut dans son projet de base<sup>101</sup>, plusieurs mesures relatives aux marchés publics<sup>102</sup>. Sous le chapitre « gouvernance », une première mesure vise à intégrer systématiquement des critères de développement durable dans le cadre des marchés publics (mesure no 128).

### **40. Critères de développement durable appliqués à tous les marchés publics de l'Etat de Vaud**

#### **40.1 Formulaire pour les aspects sociaux et environnementaux liés au soumissionnaire**

Depuis 2004, les services du Département des infrastructures utilisent des barèmes de pondération standard pour évaluer leurs appels d'offres lancés pour des procédures ouvertes (voir formulaire reproduit sous le point 19.2). Sous la rubrique « organisation de base du candidat et du soumissionnaire », qui peut compter entre 8% et 14% de la note globale, figurent quatre sous-critères, dont « contribution à la composante sociale du développement durable » et « contribution à la composante environnementale du développement durable ». Chacun des deux sous-critères de développement durable fait l'objet d'un formulaire à remplir par l'entreprise concernant les mesures appliquées pour ces

<sup>99</sup> Dans ce cas, la prise en considération du mode de transport et la distance de déplacement est conforme au droit sur les marchés publics. Il faut toutefois prouver que le but n'est pas de favoriser les prestataires locaux. (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.342/1999 du 31 mai 2000, in : Pra 2000 Nr 150).

<sup>100</sup> « Dans l'optique du développement durable, le programme institue un Agenda 21 cantonal, qui fixe des objectifs en matière de maîtrise des finances publiques, de promotion des énergies renouvelables et des transports publics, de préservation de l'environnement et d'intégration des jeunes dans la société. » (communiqué du Conseil d'Etat du 14 novembre 2007).

<sup>101</sup> Eléments constitutifs d'un Agenda 21 pour le canton de Vaud, juillet 2007 SG-DINF Unité de développement durable- Chancellerie de l'Etat

<sup>102</sup> Durant cette législature, il a été décidé de centrer les objectifs de développement durable sur quatre objectifs principaux, mais les mesures figurant dans le document complet cité ci-dessus n'en restent pas moins des objectifs à moyen et long-terme.

deux volets. Ces critères portent toutefois uniquement sur l'entreprise elle-même et ne sont pas en lien direct avec le marché.

Les formulaires de développement durable, qui ont été développés par l'Unité de développement durable, sont également utilisés par les services du DINF depuis 2004. Avec la nouvelle version de la directive Druide 123, en octobre 2011, leur utilisation a été rendue obligatoire pour tous les services de l'Etat de Vaud, ce qui répond donc à l'objectif de l'Agenda 21 figurant dans la mesure no 128.

A noter que pour l'heure, seule une minorité de services déclarent utiliser ces formulaires : 7 pour la composante environnementale et 6 pour la composante sociale (sur 28). Mais tous les services «gros adjudicateurs» figurent parmi les utilisateurs. Lors des entretiens d'audit, il a pu être vérifié que le degré d'acceptation de ces formulaires était bon du côté des adjudicateurs.

Si de nombreux cantons, ainsi que la Confédération encouragent les principes de développement durable dans leur politique d'acquisition publique, le Canton de Vaud est le seul qui a généralisé l'utilisation de critères de développement durable unifiés dans les procédures de marchés publics pour l'ensemble de l'administration. Sa démarche peut donc être qualifiée de pionnière en Suisse.

#### **40.2 Intégration des « éco-labels »**

Chaque formulaire de développement durable contient une liste de rubriques à remplir par l'entreprise. Pour le volet social il s'agit d'indiquer les mesures et actions appliqués dans les domaines : environnement et cadre de travail des collaborateurs, finances, organisation du temps de travail, santé au travail, sécurité au travail, facilités offertes aux collaborateurs, égalité des chances, management, information et communication internes, formation continue et autres. Au cas où l'entreprise est labellisé « Ecoentreprise<sup>103</sup> » (ou label équivalent), elle est dispensée de remplir ces rubriques et obtient automatiquement le maximum de points attribués au sous-critère social.

Pour le volet environnemental les mesures à préciser sont : la gestion de l'énergie sur le lieu de travail, la gestion et tri de déchets, la gestion de l'eau, la politique d'achat préservant l'environnement, la gestion de la mobilité. L'entreprise doit également fournir un ou des exemples d'application des préceptes environnementaux: mandat ou d'un marché réalisé, formation de collaborateurs ou autres. Pour ce volet également, l'obtention du label « Ecoentreprise », la certification ISO 14001 ou un autre label équivalent, dispense l'entreprise de remplir le formulaire et équivaut à la note maximale.

Le poids des sous-critères de développement durable est toutefois faible, compte tenu du fait que le pourcentage maximum de la rubrique comptant quatre sous-critères varie entre 8% et 14% (avec une marge de manœuvre de +/-6% environ).

L'utilisation de ces formulaires n'a pas été remise en cause par la Cour de droit administratif et public.

---

<sup>103</sup> Le Certificat EcoEntreprise permet de valider et de valoriser la performance atteinte par l'entreprise dans le domaine du développement durable au travers d'une démarche de certification via un audit externe indépendant (réalisé par un organisme de certification accrédité). Il est basé sur les résultats obtenus lors de l'utilisation de la Check-list EcoEntreprise développement durable. ([www.ecoentreprise.ch](http://www.ecoentreprise.ch))

### 40.3 Critères de développement durable adaptés aux entreprises informatiques

Pour bon nombre de ses fournitures (papier, fournitures scolaires, ordinateurs etc), l'Etat de Vaud établit des partenariats avec d'autres collectivités en vue de grouper les commandes. Pour l'achat d'ordinateurs, l'Etat de Vaud s'est associé au PAIR (Partenariat des achats informatiques romands) et, par le biais de l'Unité de développement durable, a contribué à élaborer des critères de développement durable spécifiques au secteur informatique. En particulier, le formulaire lié à la responsabilité sociale de l'entreprise vise à s'assurer du respect des conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT) par l'entreprise et ses fournisseurs. Ces critères ont été appliqués dans l'appel d'offres 2010-2011 pour l'achat groupé d'ordinateurs lancé par le PAIR.

## 41. Politique d'achat et développement durable

Même si, comme spécifié en introduction de ce chapitre, notre examen se limite à la prise en compte des critères de développement durable dans les procédures de marchés publics, il s'agit tout de même de souligner les démarches réalisées pour orienter la politique générale d'achats dans le sens du développement durable. En effet, la politique d'achat est en lien direct avec les marchés publics.

Dans ce domaine, l'Etat de Vaud a également institué une mesure de l'Agenda 21 consacrée à ce thème : « Introduction de critères de développement durable dans les achats et les acquisitions de l'Etat de Vaud » (mesure 130). Cette mesure a débouché sur de nombreux projets. Dans ce domaine, on constate qu'une impulsion réelle a été donnée depuis les deux dernières législatures. On peut citer plusieurs exemples de démarches dans ce sens.

La Centrale d'achat de l'Etat de Vaud (CADEV) a pour mission, selon la directive Druide qui la concerne « ...d'intégrer son action dans les perspectives relatives au développement durable ». Avec la collaboration de l'Unité de développement, les produits et fournitures du catalogue de la CADEV font l'objet d'un examen approfondi (papier, matériel de bureau, cahiers, livres, toners etc.). Le projet se poursuit.

L'Etat de Vaud a contribué, via l'Unité de développement durable, à l'élaboration du Guide des achats professionnels responsables<sup>104</sup>, en collaboration avec le Canton de Genève et avec le soutien de la Confédération. Ce guide est utilisé par la CADEV. Un séminaire de formation continue de deux jours est organisé au CEP<sup>105</sup> sur ce sujet pour les collaborateurs de l'Etat (ou autres).

Le secteur de la construction a également entrepris des démarches en faveur de l'intégration de critères écologiques pour les travaux relatifs aux bâtiments. Un outil, « Sméo », a été développé par le SIPAL.<sup>106</sup>

Les produits et acquisitions présentant des caractéristiques très variables d'un marché à l'autre, il est moins aisé d'établir des questions standardisées visant à en faire une évaluation sous l'angle du développement durable. Par contre cet

<sup>104</sup> [www.achats-responsables.ch](http://www.achats-responsables.ch)

<sup>105</sup> Centre d'éducation de l'Etat de Vaud (centre de formation continue de l'Etat, ouvert au public)

<sup>106</sup> L'outil SméO, fil rouge pour la construction durable a été développé en référence aux normes professionnelles SIA par le Service immeubles, patrimoine et logistique (SIPAL) du Département des infrastructures de l'Etat de Vaud et le Service du logement et des gérances de la Ville de Lausanne. Cet outil permet le suivi et le management de la durabilité dans les opérations de rénovation, de transformation et de construction, qu'il s'agisse d'un immeuble isolé ou d'un quartier entier. Il est destiné à tous les acteurs du secteur de la construction. Présenté dans la publication Jalons 6, il est accessible dès l'automne 2009 via une plate-forme internet en mode open source ([www.smeo.ch](http://www.smeo.ch)).

aspect peut être spécifié dans le cahier des charges. L'Unité de développement durable a collaboré à plusieurs appels d'offres pour y introduire des critères de développement durable au niveau du cahier des charges, par exemple pour l'achat de vêtements professionnels de sécurité ou pour l'achat de véhicules.

## 42. Conclusions : premiers objectifs atteints

Conformément aux objectifs de l'Agenda 21 cantonal figurant dans le programme de législature 2007-2012, les critères de développement durable harmonisés ont été intégrés aux procédures de marchés publics des services de l'Etat. Ces critères sont liés à l'entreprise soumissionnaire. L'application de cette mesure, non seulement correspond aux objectifs fixés, mais contribue de manière positive à donner une image unifiée de l'Etat de Vaud en tant qu'adjudicateur unique. Elle permet d'afficher une politique cohérente face aux engagements pris par le Conseil d'Etat pour la législature.

L'intégration des critères de développement durable s'applique non seulement à l'entreprise soumissionnaire, mais également au marché. La politique d'achat de l'Etat a également intégré des critères de développement durable du fait que ce thème fait partie du programme de législature et que l'Unité de développement durable collabore transversalement avec les services de l'Etat, en particulier avec la CADEV. Plusieurs appels d'offres à l'Etat ont fait l'objet d'un examen approfondi à ce sujet.

L'intégration des critères de développement durable, particulièrement ceux liés à l'écologie étant une opération délicate nécessitant d'avoir acquis une certaine expérience et d'avoir des connaissances en matière de jurisprudence, il serait souhaitable d'établir des modèles d'appels d'offres pour des produits ou marchés standards à diffuser par exemple sur le site internet. Les autres adjudicateurs vaudois pourraient ainsi bénéficier des compétences développées à l'Etat dans ce domaine.

### **Constatation**

Dans le cadre du programme de législature du Conseil d'Etat, articulé autour des trois axes du développement durable, une impulsion active a été donnée à l'Etat en faveur de la promotion d'une politique d'achats publics intégrant des critères de développement durable. Pour l'organisation des marchés publics de l'Etat, des formulaires détaillant les sous-critères d'adjudication en matière de développement durable pour les volets sociaux et environnementaux ont été généralisés à l'ensemble des services.

## CHAPITRE X

### Principaux risques liés aux marchés publics : collusion d'entreprises, corruption, conflits d'intérêts

Compte tenu des enjeux financiers en présence, les marchés publics constituent un terrain à risque en matière de pratiques commerciales illicites telles que la corruption<sup>107</sup> ainsi que les collusions d'entreprises portant atteinte à la concurrence<sup>108</sup>. Comme pour les chapitres précédents, notre examen porte sur la situation à l'Etat de Vaud, même si ses conclusions peuvent être étendues aux autres entités adjudicatrices vaudoises.

#### 43. Lutte contre les ententes cartellaires: collaboration avec la COMCO à développer

##### 43.1 Suisse: tradition cartellaire encore marquée

Les collusions d'entreprises lors des soumissions publiques portent préjudice aux objectifs de la législation sur les marchés publics, dans la mesure où elles visent à empêcher le système de concurrence de faire pression à la baisse sur les prix.

Si les ententes cartellaires touchent les économies de tous les pays, en Suisse elles bénéficient d'un statut particulier, en ce sens que contrairement à la plupart des pays, seuls les abus sont proscrits, alors qu'ailleurs les ententes sont généralement interdites. La Suisse est ainsi un pays où la tradition cartellaire reste marquée, même si l'introduction de la loi sur les cartels en 1985, puis ses différentes révisions en 1995<sup>109</sup> et 2003<sup>110</sup> ont durci la politique en matière de lutte contre les ententes d'entreprises. Des nouvelles structures et outils ont été mis en place ciblant les cartels « durs », à savoir les ententes sur les prix, les quantités, la répartition géographique des marchés ou la répartition selon les partenaires commerciaux. Et les réformes se poursuivent : récemment, la pression des éléments conjoncturels suite à la crise du « franc fort » a amené le Conseil fédéral à proposer une nouvelle réforme allant vers un renforcement supplémentaire des dispositions anti-cartellaires (projet de révision du 23 septembre 2011 visant à une interdiction partielle des cartels<sup>111</sup>).

Il n'en reste pas moins que le manque de concurrence en Suisse est un phénomène depuis longtemps pointé par des institutions telles que l'OCDE, l'invoquant comme un des principaux facteurs expliquant le niveau des prix plus élevé que dans l'Union européenne. En 2009, selon l'Office fédéral de la statistique (OFS), le niveau d'indice suisse des prix était de 35% supérieur à celui

<sup>107</sup> Les risques de corruption liés aux marchés publics sont mis en évidence par les instituts internationaux : le GRECO (voir point 45), l'OCDE et l'INTOSAI (International standards of supreme audit institutions) qui édictent normes et recommandations pour les prévenir.

<sup>108</sup> Nous ne traitons pas ici des risques de fraude par détournement de fonds, qui touchent certes les marchés publics, mais dont la problématique relève avant tout de la sécurité comptable et informatique.

<sup>109</sup> La révision de 1995 a introduit une nouvelle disposition attribuant la Commission de la concurrence (Comco) la compétence de faire cesser les restrictions illicites à la concurrence. Ce n'était toutefois qu'en cas de récidive qu'une amende pouvait être infligée.

<sup>110</sup> La révision de 1993 introduit la possibilité d'infliger des sanctions directes (en cas de cartel « durs »), et non plus, uniquement en cas de récidive. Elle introduit également un programme de clémence envers les entreprises en infraction à la législation sur les cartels et qui s'auto-dénoncent à la Comco. A noter qu'une révision a également eu lieu en 2010 portant principalement sur la réorganisation des autorités compétentes.

<sup>111</sup> Selon le rapport explicatif du Département fédéral de l'économie (23 septembre 2011): « ...La différence fondamentale par rapport au droit en vigueur réside dans le fait que l'illicéité des accords horizontaux et verticaux particulièrement nuisibles tiendra à la forme qu'ils revêtent et non plus à leurs effets économiques, à savoir une atteinte notable à la concurrence ».

de l'Union européenne (UE27), concernant celui de la consommation collective effective<sup>112</sup>, l'écart atteignant même +55%<sup>113</sup>.

En Suisse, c'est la Commission de la concurrence (Comco) qui a pour mission, entre autres, de lutter contre les cartels de soumissions, selon un concept reposant sur trois piliers : la prévention et l'information, la détection ainsi que la répression. Le système fonctionne selon le processus suivant : les cas de suspicion d'ententes sont signalés à la Comco soit par auto-dénonciation, soit par dénonciation (Whistleblower). La Comco détecte aussi des cas suspects via son système d'observation des marchés. Une enquête est ensuite ouverte. En cas d'absence de preuves d'ententes, la procédure est abandonnée, dans le cas contraire la Comco détermine si l'accord est licite au sens de la loi sur les cartels ou illicite. C'est seulement en cas d'illicéité que des sanctions peuvent être infligées (amende pécuniaire, assortie éventuellement d'une exonération totale ou partielle en cas d'application du programme de clémence).

### 43.2 Surcoûts des marchés cartellisés

La mise en place relativement récente des lois et des mesures anti-cartellaires explique le nombre encore limité de cartels de soumissions détectés en Suisse, pour lesquels des preuves ont pu être apportées par la Comco<sup>114</sup>. On en dénombre que deux pour l'heure : un cartel d'installateurs électriques bernois (en 2009) et un cartel de construction en génie civil dans les cantons d'Argovie et de Zurich regroupant une quinzaine de sociétés (en juin 2011). Un cas d'entente cartellaire sur le marché de l'asphalte au Tessin avait été dévoilé suite à une enquête de la Comco, sa détection étant cependant antérieure à l'introduction de la révision de la loi sur les cartels (2004), il n'a donné lieu à aucune sanction.

Aucune étude n'a été menée en Suisse pour chiffrer le surcoût des ententes cartellaires. Cela tient en partie au faible nombre de cas détectés. Une étude réalisée au niveau européen portant sur 114 cas de cartels<sup>115</sup> conclut que la majorité des ententes cartellaires engendrent une hausse de prix entre 10% et 20%. Pour une minorité de cartels (moins de 10%), le surcoût s'élève même à 40%.<sup>116</sup> Dans le cas du cartel de l'asphalte au Tessin, la Comco a estimé que ces ententes contribuaient à faire augmenter les coûts de 30%.

### 43.3 Lutte contre les cartels de soumission : collaboration des cantons nécessaire

La Comco accorde une grande importance à la lutte contre les cartels de soumissions. Dans son rapport d'activité 2009 il est précisé « *La lutte contre les cartels de soumission est un thème prioritaire pour le Secrétariat depuis 2008. Ces accords sont aussi répandus qu'ils sont nuisibles à l'économie nationale. Ils conduisent à des dépenses publiques majorées, lesquelles se répercutent*

<sup>112</sup> Services publics non marchands fournis par les administrations publiques (par exemple hôpitaux, entretien des rues etc).

<sup>113</sup> A noter que l'OFS se montre toutefois moins catégorique que l'OCDE pour expliquer ces écarts de prix : « le niveau élevé des prix en Suisse en termes relatifs n'est pas dû à une seule cause. Il résulte plutôt d'une combinaison de différents facteurs, dont les effets peuvent se faire sentir dans divers domaines. La structure des coûts, la concurrence et la conjoncture, le comportement des consommateurs, mais aussi des producteurs et des distributeurs, ainsi que les exigences nationales et les conditions-cadres varient d'un pays à l'autre (Indice des prix - Panorama, OFS, février 2011)

<sup>114</sup> Selon la loi en vigueur actuellement, le fardeau de la preuve de l'entente cartellaire et de ses impacts néfastes sur les niveaux de prix incombait jusqu'à présent à la COMCO. Suite à la crise du « franc fort », un projet de loi a été mis en consultation en septembre 2011 par le Conseil Fédéral visant à inverser le fardeau de la preuve en matière de cartels durs. Ce serait aux entreprises de prouver que les ententes conclues ne nuisent pas à la concurrence et non plus à la COMCO.

<sup>115</sup> Tous types de cartels confondus (pas uniquement les cartels de soumissions).

<sup>116</sup> « Quantifying Antitrust Damages. Towards Non-Binding Guidance for Courts. Study prepared for the European Commission », Oxera et Komninos (2009)

*directement ou indirectement sur la charge fiscale de la population et sur l'économie. ».*

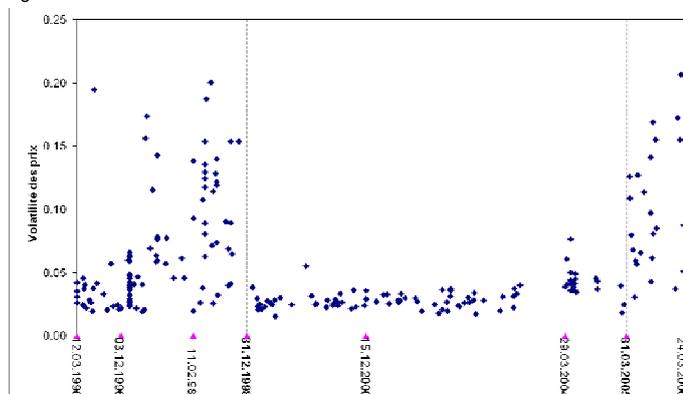
Il n'est toutefois pas aisé de détecter les cartels de soumission et encore moins d'obtenir des preuves de leur existence. Pour que le système de lutte contre les cartels fonctionne, il est indispensable que les pouvoirs adjudicateurs collaborent avec la Comco pour lui signaler les cas suspects afin qu'une enquête puisse être entreprise. Il est nécessaire également que les pouvoirs adjudicateurs fournissent à la Comco les informations lui permettant de surveiller l'évolution de la situation des différents secteurs et de repérer des écarts des prix proposés dans les soumissions dans le temps et par région et les variations de volatilité, qui sont des signes de l'existence potentielle d'un cartel.

Dans le cas du cartel de l'asphalte au Tessin mentionné ci-avant, une analyse de l'indice des prix de la construction en génie civil avait révélé que l'indice tessinois était non seulement de 20 points plus élevé que la moyenne suisse, mais qu'il ne suivait pas la même tendance que les indices des autres régions : lorsque tous les indices régionaux étaient en baisse, l'indice tessinois affichait une hausse. L'examen de la volatilité des prix des soumissions pour le marché de l'asphalte au Tessin avait indiqué des variations suspectes, comme l'illustre le graphique ci-dessous : durant une période de plusieurs années (du 1.12.1998 au 1.03.2005), la presque totalité des offres affichaient une volatilité de prix de moins 5% alors qu'en dehors de cette période, cette volatilité était généralement plus élevée et variable.



### C. Pratique de l'autorité Revêtement routiers tessinois – volatilité des prix

Figure 1: évolution de la volatilité des offres



Source: statistiques du Secrétariat (basées sur N = 225 soumissions)

Forum Marchés Publics

Source Comco

#### 43.4 Procédure de détection des cartels de soumission : projet-pilote avec deux cantons

La Comco a lancé en 2010 un projet pilote de détection et de suivi des accords de soumission en collaboration avec deux cantons (Schwytz et Saint-Gall). Le projet consiste à analyser les données de soumission livrées par les entités actives dans le domaine du génie civil à l'instar de ce qui a été réalisé a posteriori pour le cas du cartel de l'asphalte au Tessin, et de déterminer si les indicateurs retenus permettent de détecter les cartels de manière fiable.

S'il est trop tôt pour évaluer les résultats de ce projet pilote qui doit s'échelonner sur plusieurs années, il paraît évident que de tels projets sont utiles pour détecter les problèmes éventuels, l'existence de cartels ayant forcément une influence sur le niveau des prix et leur volatilité.

#### **43.5 Programmes de formation de la Comco**

Dans le cadre de la formation sur les marchés publics organisée par la Confédération (module de base de 8 jours), la Comco dispense un cours d'une journée consacré à la problématique de la concurrence dans les marchés publics et à la présentation des instruments de la Comco afin de lutter contre les cartels de soumission. A l'issue de la formation, les participants ont acquis les bases leur permettant de détecter les indices révélateurs de l'existence potentielle de cartels et connaissent la procédure de collaboration avec la Comco.

Dans le cadre de sa mission de lutte contre les cartels de soumission, la Comco a ouvert ses formations aux représentants cantonaux et des cours démarrent en 2012.

#### **43.6 A l'Etat de Vaud : quatre services ont soupçonné des collusions d'entreprises ...**

Dans le questionnaire adressé aux services adjudicateurs dans le cadre de cet audit, il était demandé si des cas de collusion d'entreprises avaient été repérés ou suspectés lors de précédentes soumissions publiques. Quatre services, dont trois gros adjudicateurs, ont déclaré avoir soupçonné, voire eu des preuves que des soumissionnaires avaient conclu des ententes, généralement sur les prix. Un cas d'entente verticale a également été rapporté.

Les cas détectés étaient le fait soit d'un manque flagrant de discrétion des soumissionnaires, soit ont été rapportés à l'adjudicateur par dénonciation. Il était dès lors difficile pour l'adjudicateur de les ignorer. De manière générale, il a été constaté que la recherche de détection d'ententes entre entreprises n'était pas une mission que les adjudicateurs se fixent dans le cadre de l'organisation de leurs marchés publics.

#### **43.7 ...mais n'ont pas rapporté ces cas à la Comco**

La relative passivité des services de l'Etat en matière de lutte contre les ententes d'entreprises est avant tout due à l'absence de directives ou recommandations émises dans ce sens. On constate également que les services ne semblent pas être informés des procédures et outils mis en œuvre à la Comco dans ce domaine. Aucun des cas de collusion suspectée n'a été rapporté à la Comco : les services ont pris eux-mêmes les mesures qu'ils jugeaient utiles (par exemple l'annulation de l'appel d'offres).

On relève toutefois que lors des entretiens d'audit, après avoir été informés des mesures mises en œuvre à la Comco, des services (gros adjudicateurs) ont manifesté leur intérêt à participer à une formation ainsi qu'aux projets pilotes.

En conclusion, on note que si la problématique des collusions d'entreprises lors de soumissions publiques, n'est pas, ou peu, pris en compte lors de l'organisation des marchés publics à l'Etat de Vaud, c'est essentiellement dû à un manque d'information et de formation sur les outils à disposition dans ce domaine. Compte tenu de l'évolution de la législation sur les cartels allant vers un

durcissement de ses dispositions et les moyens accrus octroyés à la Comco pour lutter contre les ententes d'entreprises, l'efficacité des actions anti-cartel ira immanquablement en croissant. Le développement d'une collaboration entre les pouvoirs adjudicateurs vaudois et la Comco constituera ainsi très certainement une contribution notable à l'amélioration de la performance des marchés publics dans le sens de ses objectifs.

### **Introduire un programme de lutte contre les cartels de soumissions**

#### **Constatation no 13**

Les marchés publics sont un domaine où il existe des risques d'ententes d'entreprises (au niveau des prix, partage de marchés etc). Ces ententes sont nuisibles au fonctionnement des marchés publics car elles entravent la concurrence.

Des études montrent que les cartels engendrent un surcoût.

La Commission de la concurrence (Comco) a élaboré des procédures et des programmes de lutte contre les cartels de soumission. Elle organise également des formations à l'intention des pouvoirs adjudicateurs fédéraux et cantonaux. L'Etat de Vaud n'a cependant pas mis en place de procédure ni de programme d'information pour lutter contre les cartels lors des soumissions publiques et ne collabore pas pour l'heure avec la Comco.

#### **Recommandations no 13**

- Afin de prévenir les risques d'ententes, entreprendre une collaboration avec la Comco pour former et informer les instances adjudicatrices de l'Etat (principaux adjudicateurs) en matière de lutte contre les cartels de soumission. Examiner l'opportunité de participer aux programmes pilotes d'analyse et de suivi des soumissions par type de marchés organisés par la Comco.
- En lien avec la recommandation no 8, procéder à ses propres investigations et analyses en matière de prix pour détecter les indices de collusions.

## **44. Gestion des conflits d'intérêts : dispositions légales mal connues**

### **44.1 Une problématique délicate...**

La question des conflits d'intérêts dans le cadre des marchés publics constitue un sujet délicat. En effet l'étroitesse du marché vaudois, géographiquement et par secteur expose fréquemment adjudicateurs et soumissionnaires à des risques de conflits d'intérêts. Ces derniers peuvent entraver le bon déroulement des adjudications et générer du favoritisme. C'est pourquoi une gestion s'impose afin de garantir l'intégrité des procédures.

Il faut toutefois reconnaître que le fait d'imposer des règles trop strictes et rigides dans ce domaine, qui ont pour effet d'écartier des soumissionnaires ou d'empêcher des collaborateurs de l'autorité adjudicatrice de participer à l'organisation de la procédure, peut également nuire à la performance du projet, dans la mesure où des compétences professionnelles, peut-être supérieures à

celles des soumissionnaires restants, sont écartées. Un équilibre doit être trouvé entre ces deux objectifs, dans le cadre des règles légales.

#### 44.2 ...dont les services de l'Etat tiennent compte

Sur la base des réponses au questionnaire adressé dans le cadre de cet audit, on constate que, de manière générale, les services de l'Etat tiennent compte de la problématique des conflits d'intérêts entre les collaborateurs pouvant intervenir dans les décisions d'adjudication et les soumissionnaires<sup>117</sup>. En cas de conflits d'intérêts, la moitié excluent le collaborateur de la décision d'adjudication, un quart écartent le soumissionnaire (ce qui n'est pas sans créer un risque de discrimination) et le quart restant réglant la question au cas par cas.

Le fait que, pour évaluer les offres et procéder à l'adjudication, la majeure partie des services organise des comités d'évaluation composés donc de plusieurs personnes, généralement internes et externes au service, limite également les possibilités qu'un conflit d'intérêts ne perturbe le bon déroulement de l'adjudication<sup>118</sup>.

#### 44.3 Dispositions légales gérant les conflits d'intérêts mal connues

La directive Druide 123 ne fournit aucune indication en matière de gestion des conflits d'intérêts. Pourtant la législation vaudoise définit les conditions de récusation à appliquer par les autorités administratives et les autorités de justice administrative du canton et des communes dans ces cas. Cette disposition figure dans la Loi vaudoise sur la procédure administrative (article 9)<sup>119</sup>. Cette législation applicable pour le Canton et les communes, est mal connue des services de l'Etat, puisqu'aucun n'y a fait référence pour définir la notion de conflit d'intérêts, chacun y donnant sa propre définition.

Ne pas prendre en compte la gestion de conflit d'intérêts, ou en tenir compte de manière inappropriée, peut non seulement entacher la décision l'adjudication d'un biais, mais contrevient à la législation. Les services de l'Etat et les collaborateurs en charge des décisions d'adjudications devraient bénéficier d'une information sur leurs devoirs et les dispositions légales dans ce domaine. Il est nécessaire de compléter la directive Druide 123 en précisant la procédure à suivre pour la gestion des conflits d'intérêts.

On note que la Confédération a élaboré un formulaire général de « Déclaration d'impartialité » à l'intention des collaborateurs participant aux décisions d'adjudications leur rappelant leurs devoirs tout au long des procédures (confidentialité des informations, devoir de récusation en cas de conflit d'intérêts,

<sup>117</sup> 18 services déclarent examiner cette question, contre 3 ne la considérant pas, le nombre de non-réponses s'élevant à 7

<sup>118</sup> 17 services mettent sur pied des comités d'évaluation pour adjudger des marchés publics en procédure ouverte

<sup>119</sup> Art 9 LPA-VD Toute personne appelée à rendre ou à préparer une décision ou un jugement doit se récuser :

- a. si elle a un intérêt personnel dans la cause ;
- b. si elle a agi dans la même cause à un autre titre, notamment comme membre d'une autorité, comme conseil d'une partie, comme expert ou comme témoin ;
- c. si elle est liée par les liens du mariage ou du partenariat enregistré ou fait durablement ménage commun avec une partie, son mandataire ou une personne qui a agi dans la même cause comme membre de l'autorité précédente ; la dissolution du mariage ou du partenariat enregistré ne supprime pas le motif de récusation ;
- d. si elle est parente ou alliée en ligne directe ou, jusqu'au troisième degrés inclus, en ligne collatérale avec une partie, son mandataire ou une personne qui a agi dans la même cause comme membre de l'autorité précédente ;
- e. si elle pourrait apparaître comme prévenue de toute autre manière, notamment en raison d'une amitié étroite ou d'une inimitié personnelle avec une partie ou son mandataire.

interdiction pendant la procédure d'établir avec les soumissionnaires des contacts risquant de compromettre l'égalité de traitement) et les conséquences que le non-respect de ces principes peut entraîner. Une telle déclaration a le mérite de fournir une information claire aux collaborateurs sur ce sujet et de les impliquer dans la démarche.

### Formaliser et harmoniser la gestion des conflits d'intérêts

#### Constatation no 14

Les services de l'Etat prennent en considération la nécessité de gérer les conflits d'intérêts entre collaborateurs et soumissionnaires, mais chacun applique ses propres règles.

La directive Druide 123 ne mentionne pas de procédure à suivre, ni ne fait référence à l'art. 9 de la Loi vaudoise sur la procédure administrative (LPA-VD) qui définit clairement les conditions de récusations de collaborateurs cantonaux ou communaux participant à une décision administrative. Les collaborateurs ne sont pas informés de cette disposition.

#### Recommandation no 14

- Adapter les directives de l'Etat en faisant référence à l'article 9 LPA-VD.
- Généraliser les comités d'évaluation pour l'adjudication de marchés passés en procédure concurrentielle.
- Etudier l'opportunité de faire signer un formulaire type « déclaration d'impartialité » aux collaborateurs en charge d'adjuger des marchés ou participant aux décisions d'adjudication, comme à la Confédération.

## 45. Corruption : mesures préventives à mettre en place

### 45.1 En Suisse : risques faibles mais pas inexistant

En raison de la marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur, les marchés publics sont un terrain à risque en matière de corruption. Toutefois de l'avis d'experts<sup>120</sup> rencontrés dans le cadre de cet audit, la Suisse ne constitue pas un pays où la pratique de corruption est la plus répandue : le niveau relativement élevé des salaires en comparaison internationale explique en partie cette situation. Des cas sont toutefois à signaler, comme récemment à la Caisse de pensions du Canton de Zurich<sup>121</sup>. Les dégâts d'image qui en résultent pour la collectivité publique de même que les pertes financières doivent inciter à prendre des mesures pour prévenir les risques de corruption d'agents publics, qui, rappelons-le, constituent un délit pénal<sup>122</sup>.

### 45.2 Lutte anti-corruption : recommandations du GRECO appliquées par la Confédération...

Depuis 2006, la Suisse participe aux travaux du Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO) mis en place par le Conseil de l'Europe dont la Suisse est

<sup>120</sup> En particulier, des experts de l'association Transparency International ([www.transparency.ch](http://www.transparency.ch)), dont le but est la prévention de la corruption et la lutte contre la corruption sous toutes ses formes. La section suisse de Transparency International organise notamment des séminaires et formations sur le thème de la lutte anti-corruption.

<sup>121</sup> Récemment un ancien responsable du secteur des placements de la caisse de pensions du canton de Zurich a fait l'objet d'une accusation de corruption passive et de gestion déloyale. Il aurait reçu de l'argent et bénéficié de privilèges. (ATS 3.10.2011)

<sup>122</sup> La corruption active (tiers corrupteur) et passive (agent public corrompu) sont répressibles pénalement (articles 322 ter à septies du code pénal suisse). Les actes de corruption sont passibles d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

membre. Le GRECO soutient et encourage la lutte contre la corruption en menant diverses investigations dans les Etats membres, où il évalue les mesures de lutte contre la corruption sur la base de questionnaires et de visites d'experts d'autres pays membres. Une première évaluation du GRECO a fait l'objet d'un rapport en avril 2008<sup>123</sup> identifiant les marchés publics comme secteur « vulnérable » face aux risques de corruption. Treize recommandations ont été formulées dans ce rapport, dont trois peuvent s'appliquer dans le cadre des marchés publics :

- « Renforcer l'offre de formation pour les agents fédéraux sur les thèmes de l'éthique, de la corruption et de sa prévention. Améliorer la gestion des conflits d'intérêts et réglementer le « pantouflage »<sup>124</sup>. Inviter les cantons à soutenir ces divers efforts à leur niveau. (recommandation no 9) »
- « Préciser les règles en matière de dons et cadeaux pour tous les agents publics fédéraux et renforcer la sensibilisation aux codes d'éthique et leur importance en pratique. Inviter les autorités cantonales à considérer l'instauration de telles mesures. (recommandation no 10) »
- « Adopter un cadre normatif destiné à obliger les employés de la Confédération à signaler les soupçons de corruption. A protéger efficacement les personnes qui signalent de tels soupçons. Inviter les cantons ne connaissant pas encore de telles mesures à étudier leur adoption. (recommandation no 11) »

Suite à ces recommandations, la Confédération a entrepris une série de mesures et a modifié sa législation sur le personnel.

Tout d'abord, un enseignement spécifique sur la lutte contre la corruption a été introduit dans le cours de base sur les marchés publics. Des séminaires ont été également organisés<sup>125</sup>.

Pour la réglementation en matière de cadeaux et dons, la Loi sur le personnel de la Confédération contenait déjà une disposition en interdisant l'acceptation par les employés<sup>126</sup>, avec la précision suivante contenue dans l'ordonnance sur le personnel fédéral : « *les avantages de faible importance conformes aux usages sociaux ne constituent pas des dons ou autres avantages au sens de l'art.21 al.3 Lpers* ». Suite aux recommandations du GRECO, l'ordonnance a été complétée avec la disposition suivante « *Les départements règlent en détail l'acceptation de ces avantages. Il peuvent la restreindre davantage, voire l'interdire* ». Plusieurs départements ont élaboré des codes de conduite précis, spécifiant par exemple la valeur maximale des cadeaux qu'il est permis d'accepter.

L'ordonnance sur le personnel fédéral réglemente précisément les activités accessoires des employés ; en particulier si elles risquent de générer un conflit avec les intérêts du service, une autorisation doit être demandée auprès de l'employeur (art. 91 Opers). Un article précise encore la nécessité pour les employés de se récuser s'ils doivent prendre une décision qui concerne « *une partie représentée par une personne ayant travaillé dans la même unité d'organisation au cours des deux années précédentes* » (art. 94a al. 1).

<sup>123</sup> Premier et Deuxième Cycles d'Evaluation conjoints: Rapport d'Evaluation sur la Suisse, GRECO 31 mars-4 avril 2008

<sup>124</sup> Fait pour un haut fonctionnaire d'aller travailler dans une entreprise privée.

<sup>125</sup> Notamment par le Seco le 14 septembre 2009 sur le thème « Les domaines à risque en matière de marchés publics » avec des experts du Basel Institute on governance, Transparency International et du Ministère public de la Confédération.

<sup>126</sup> Article 21 al. 3 de la Loi sur le personnel de la Confédération (Lpers) « L'employé ne doit ni accepter, ni solliciter ou se faire promettre des dons ou autre avantages pour lui-même ou pour d'autres personnes dans l'exercice d'activités procédant du contrat de travail ».

La recommandation du GRECO pour adopter un cadre normatif visant à rendre obligatoire pour les employés de la Confédération de signaler les soupçons de corruption, a été suivie par une modification législative instaurant cette obligation. De plus, un service recueillant les dénonciations de « donneurs d'alertes » (whistleblower) a été mis en place au Contrôle fédéral des finances depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011<sup>127</sup>. Cette disposition figure à l'article 22a de la Loi sur le personnel de la Confédération, qui prévoit également que les « donneurs d'alertes » bénéficient d'une protection et qu'ils ne subissent pas de désavantages sur le plan professionnel suite à leur dénonciation.

Dans le cadre des marchés publics, la lutte contre la corruption fait partie de la liste des objectifs stratégiques de la Commission des achats de la Confédération. Cette dernière recommande aux adjudicateurs de la Confédération d'adjoindre aux contrats d'achat, une clause d'intégrité<sup>128</sup> engageant les deux parties à prévenir toute corruption liée au contrat et prévoyant des peines conventionnelles pour le soumissionnaire en cas de violation de cette disposition. Cette clause d'intégrité est appliquée à l'Office fédéral de la construction et de la logistique (OFCL) et recommandée pour les autres offices.

### 45.3 ...mais pas encore à l'Etat de Vaud

Après la mise en place de ces mesures, la Confédération poursuit ses travaux en lien avec les recommandations du GRECO. Fin 2008, elle a constitué un Groupe interdépartemental pour la lutte contre la corruption (IDAG Corruption) visant à développer des stratégies concertées sur les plans national et international de lutte contre la corruption en associant les cantons, les villes, les représentants de l'économie et de la société civile à cette démarche.

Un rapport de l'IDAG a été publié en mars 2011 faisant état d'une enquête réalisée auprès des cantons. Cette enquête fait apparaître que seule une minorité de cantons a mis en place de mesures de lutte contre la corruption.

Avec l'accord de la Chancellerie du Canton de Vaud, les résultats du questionnaire du Canton ont été transmis à la Cour. Il apparaît qu'à l'exception de la réglementation des activités accessoires pour le personnel de l'Etat<sup>129</sup>, la législation sur le personnel ne comprend pas de disposition spécifique visant à prévenir la corruption ou en faciliter la détection. Il n'existe pas de clause obligeant le personnel à dénoncer un cas suspect de corruption, ni d'instance recueillant les dénonciations. Les donneurs d'alerte ne font pas l'objet de protection spéciale. Aucune formation, ni mesure spécifique, ni document d'information n'existe à l'intention du personnel de l'Etat au sujet de la problématique de la corruption. La question de l'acceptation des cadeaux et dons n'est pas réglementée. L'Etat de Vaud ne recommande pas d'adjoindre une clause d'intégrité aux contrats liés aux marchés publics.

Pourtant, toujours pour le questionnaire de l'enquête de l'IDAG corruption, l'Etat de Vaud signale pourtant qu'entre 2004 et 2010, cinq procédures pénales ont été

<sup>127</sup> Depuis le 1er janvier 2011, les employés de la Confédération soumis à la loi sur le personnel de la Confédération sont tenus de dénoncer aux autorités de poursuite pénale, à leurs supérieurs hiérarchiques ou au Contrôle fédéral des finances (CDF) tout délit ou crime pour-suivi d'office. En outre, tous les employés de la Confédération ont le droit de signaler au CDF les autres irrégularités qu'ils ont constatées ou dont ils ont eu connaissance dans le cadre de leur activité professionnelle.

<sup>128</sup> Texte de la clause relative à l'intégrité morale recommandé pour figurer dans les contrats d'achat de la Confédération : « Le soumissionnaire s'engage à prendre toutes les mesures permettant d'éviter la corruption et à s'abstenir en particulier d'offrir ou d'accepter toute libéralité ou autre avantage. En cas de violation de la clause relative à l'intégrité morale, le soumissionnaire s'acquitte d'une peine conventionnelle. Celle-ci correspond à 10 % de la somme fixée par contrat et s'élève à au moins 3'000 francs par infraction.

Le soumissionnaire prend note que toute violation de la clause relative à l'intégrité morale entraîne en principe l'annulation de l'adjudication ainsi que la dénonciation anticipée du contrat, par l'adjudicateur, pour justes motifs. » (Source : commission des achats de la Confédération).

<sup>129</sup> La loi sur le personnel de l'Etat de Vaud (Lpers-VD) précise à son article 51 al 1 « Les collaborateurs informent l'autorité d'engagement des activités accessoires qu'ils exercent ou souhaitent exercer » et à son al.2 « Le Conseil d'Etat peut interdire aux collaborateurs l'exercice d'une activité accessoire incompatible avec leur fonction à l'Etat ».

ouvertes dans le canton de Vaud pour des cas de corruption active (art. 322 ter CP) ou passive (art. 322 quater CP), ou pour l'octroi ou l'acceptation d'un avantage (respectivement art. 322 quinquies et 322 sexies CP). Les risques de corruption ne sont donc pas inexistantes.

S'il n'existe pas de vide juridique dans la mesure où les articles 322ter à septies du code pénal s'appliquent également aux cantons, il apparaît nécessaire que le Canton de Vaud adopte des mesures et complète sa législation sur le personnel afin de tenir compte, au moins en partie, des recommandations du GRECO. En effet, les mesures de prévention de la corruption et d'information et de sensibilisation du personnel à cette problématique, sont inexistantes, ce qui n'est pas acceptable compte tenu des risques et des conséquences que la survenance d'un cas de corruption entraîne non seulement pour les finances publiques, mais en termes d'image pour l'Etat.

Concernant la création d'une instance chargée de recueillir les dénonciations par les collaborateurs l'Etat pour des faits répréhensibles (dont de corruption), une motion a été déposée dans ce sens au Grand Conseil le 24 mai 2011<sup>130</sup>. Suite à cette motion, le Service du personnel a réalisé une enquête auprès des services pour évaluer leur appréciation face à cette proposition et évaluer leurs besoins en la matière.

Une réflexion globale devrait être initiée sur la politique globale que souhaite mener l'Etat pour prévenir la corruption : des objectifs devraient être formulés et en fonction de ces objectifs, des mesures sont à mettre en œuvre. Des démarches prioritaires sont toutefois à envisager: il paraît nécessaire en particulier de réglementer la question des dons et des cadeaux (globalement ou par service). Dans le cadre d'une formation renforcée en matière de marchés publics, l'introduction d'un module sur la prévention de la corruption, à l'instar de celle organisée par la Confédération, est recommandée. De plus, une clause d'intégrité comprenant des peines conventionnelles, paraît être une solution simple contribuant à prévenir les risques de corruption.

### **Mesures de lutte contre la corruption à mettre en œuvre**

#### **Constatation no 15**

Les marchés publics sont un terrain à risque pour des faits de corruption.

L'Etat de Vaud n'a pas pris de mesure spécifique pour prévenir la corruption que ce soit de manière générale ou dans le cadre des marchés publics. Aucune des recommandations du GRECO (Groupe d'Etats contre la corruption du Conseil de l'Europe) adressées à la Suisse (Confédération et cantons) n'a été mise en œuvre à l'Etat de Vaud.

#### **Recommandations no 15**

- Prendre des dispositions en matière de lutte contre la corruption.
- Réglementer la question de l'acceptation de dons ou cadeaux par les collaborateurs de l'Etat.
- Intégrer à la formation de base sur les marchés publics un volet consacré aux risques de corruption et aux mesures de prévention.
- Etudier la généralisation dans les contrats d'achats publics d'une clause d'intégrité visant à prévenir la corruption et comprenant des peines conventionnelles en cas de non respect des dispositions.

<sup>130</sup> Motion Jean-Christophe Schwaab « Favoriser la révélation des faits répréhensibles, mieux protéger les lanceurs d'alertes (whistleblowers) »

## CHAPITRE XI

### Conclusion

Au terme de cet audit, on retiendra tout d'abord que la législation sur les marchés publics est d'un côté soumise à de nombreuses critiques, mais d'un autre, est caractérisée par son opacité quant à ses effets. Aucun indicateur, ni statistique ne sont publiés à ce sujet permettant de mesurer et de suivre sa performance. La Cour estime qu'en regard des enjeux de cette législation et des moyens investis pour la mettre en œuvre, la première des mesures à adopter consiste à établir un minimum de transparence à ce sujet. La finalité première de cette loi : l'utilisation parcimonieuse des deniers publics étant une priorité, les éléments permettant de mesurer l'atteinte de cet objectifs doivent impérativement être établis.

L'examen de l'application de la législation sur les marchés publics à l'Etat de Vaud conclut à un manque de pilotage au niveau global. Le principe de décentralisation de l'organisation des procédures de marchés publics dans les services de l'administration, présente certes l'avantage de responsabiliser les unités-métier face à leur politique d'achat, mais génère des pratiques disparates entre services que l'absence d'un minimum de contrôle au niveau central ne permet pas de corriger. L'Etat n'agit pas comme un adjudicateur unique.

Les pistes d'amélioration suggérées dans le cadre de cet audit portent ainsi sur la nécessité de renforcer les supports à l'organisation de marchés publics pour les services n'adjugeant qu'occasionnellement ainsi que d'introduire une procédure de contrôle des marchés, visant à une certaine harmonisation des pratiques à l'Etat. Les contrôles de conformité des soumissionnaires, réalisés actuellement de manière inégale entre les différents services, sont également à améliorer.

La Cour recommande en outre la mise en œuvre de mesures afin de garantir l'intégrité des procédures : gestion des conflits d'intérêts, prévention de la corruption et lutte contre les ententes d'entreprises lors de soumissions.

Ces réformes structurelles et organisationnelles doivent toutefois aller de pair avec un examen critique sur les aspects de la loi qui se révèlent réellement problématiques. En effet, si certaines critiques adressées à la législation sur les marchés publics s'avèrent infondées après examen - il est par exemple erroné d'affirmer qu'elle engendre une « invasion » d'entreprises étrangères -, d'autres éléments de la loi peuvent porter préjudice à son efficacité. Ils tendent même à démotiver certains adjudicateurs à appliquer cette législation, comme cela a été constaté lors de l'audit. Par exemple, les valeurs-seuils des procédures ouvertes, fixées par la législation, sont manifestement trop basses : pour les marchés situés aux alentours de ces valeurs, il n'est pas à exclure que dans, de nombreux cas, les coûts d'organisation des procédures surpassent les gains obtenus par le jeu de la concurrence entre soumissionnaires. Des réformes sont à entreprendre à ce niveau.

## CHAPITRE XII

### Observations des entités auditées et réponse de la Cour

Conformément aux articles 36 al.3 LCComptes et 17 al.1 ch.7 RCComptes, la Cour a transmis aux entités contrôlées le projet de rapport; le Secrétariat général des infrastructures (SG-DINF) a transmis ses observations, sur lesquels la Cour a pris position.

#### 46. Observations du SG-DINF



Département des  
infrastructures (DINF)

Le Secrétaire général

Place de la Riponne 10  
1014 Lausanne

Madame Eliane Rey  
Présidente de la Cour des comptes  
Rue Langallerie 11  
1014 Lausanne

Réf. :

Lausanne, le 23 novembre 2011

#### Audit de la cour des comptes sur l'application de la législation sur les marchés publics dans le canton de Vaud

Madame la Présidente,

Le SG-DINF a pris connaissance de votre rapport d'audit. Au cours d'un entretien, nous avons eu l'occasion de communiquer à Mmes Anne Weil-Lévy et Christina Maier un certain nombre de remarques de détail, dont elles ont pris note.

Pour l'essentiel, nous relevons que plusieurs de vos recommandations vont dans le sens d'une centralisation de la gestion des appels d'offres. Un organe de l'Etat serait chargé d'assister les services et de les contrôler. Ce serait sans doute aussi lui qui recevrait la mission de mettre en œuvre l'ensemble de vos recommandations. Ceci ne va pas dans la direction prise jusqu'ici par notre canton. En effet, il a été estimé que l'aspect métier est plus important que la connaissance des marchés publics, dans l'établissement d'un cahier des charges. C'est pourquoi le leadership est laissé au service adjudicateur. En outre, une entité centrale d'assistance aux services de l'Etat offrirait moins de souplesse face aux demandes ponctuelles que des consultants à la demande, et elle coûterait plus cher. Cela dit, si le modèle du service centralisé, que vous proposez, existe ailleurs, il aurait été intéressant de voir figurer dans votre rapport les avantages constatés en sa faveur, au travers d'une étude comparative.

Nous prenons note de vos remarques en faveur de la possibilité de négocier les prix. En 2008, lors de la consultation sur la révision de la loi fédérale sur les marchés publics, les entités consultées, notamment des partenaires de la construction, s'étaient exprimées en défaveur de cette mesure, sauf le SG-DSAS et la CVCI. Pour notre part, nous pensons qu'une telle disposition n'incite pas les soumissionnaires à, d'emblée, proposer leur meilleur prix. En outre, ouvrir les possibilités de négocier ne va pas dans la direction que vous préconisez en matière de lutte contre la corruption.

Quant à la prévention des ententes, que vous souhaitez combattre avec les rounds de négociation, nous sommes persuadés que la meilleure voie réside dans une ouverture maximale; c'est cette stratégie que le canton de Vaud a toujours suivie. Elle s'est notamment traduite par le rôle de moteur qu'il a joué dans le déploiement de la plate-forme simap, qui aujourd'hui garantit une ouverture des marchés sur tout le territoire suisse. C'est pourquoi nous sommes un peu surpris, lorsque vous estimez que les marchés publics de l'Etat de Vaud "manquent de stratégie et de pilotage". Ceci sans parler de la mise en place et la pérennisation du Guide romand pour les marchés publics, un autre projet dans lequel le canton est très actif.

- 2 -

Concernant le relèvement des seuils, notamment en raison du coût de l'organisation des marchés publics, il convient de préciser que le niveau des seuils nationaux ne dépend pas du canton de Vaud. En outre, la différence entre les seuils nationaux et internationaux est faible pour les services et les fournitures. Un relèvement des premiers impliquerait que tout ce qui est soumis aux marchés publics nationaux le serait aussi au niveau international.

Il est fait mention que le DINF n'est pas en mesure de sanctionner correctement une violation de la loi contre le travail au noir. Cette affirmation est inexacte : c'est sur la base de la condamnation du tribunal que la sanction peut être prononcée. Or les peines, exprimées en jours-amende, sont trop clémentes, notamment pour les récidivistes. De ce fait, les exclusions sont moins nombreuses qu'attendu.

Enfin, vous paraissez regretter aussi que le DINF ne soit pas intégré à la Commission de contrôle des chantiers ; cela est dû au fait que les chantiers publics ne représentent qu'une faible proportion des travaux de construction en général.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à ces lignes, je vous prie de croire, Madame la Présidente, à l'expression de mes sentiments distingués.



Michel Rubattel

## 47. Prise de position de la Cour

*La Cour maintient intégralement le contenu de son rapport.*

*Elle ajoute qu'elle n'a pas émis de constatation ou de recommandation en faveur d'une centralisation de la gestion des appels d'offres ou sur la nécessité d'introduire des rounds de négociations.*

## ANNEXE 1

# Descriptif de la législation sur les marchés publics et aspects juridiques

### I. Contexte juridique

Le droit des marchés publics en Suisse est issu de l'intégration en droit interne de l'Accord GATT/OMC/AMP de 1994 et de l'Accord bilatéral entre la Suisse et la Communauté européenne de 2002. Comme le relève notamment l'étude faite par les Professeurs J.-B. Zufferey et Jacques Dubey<sup>131</sup>, cette transposition a été faite séparément pour la Confédération et, par chacun des cantons, dans le cadre de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), ce qui explique la dispersion des sources de droit interne. Bien entendu, cette réalité est liée à la répartition constitutionnelle des compétences entre les différentes entités politiques helvétiques.

#### Sources de droit international

- **L'Accord du GATT du 15.04.1994 sur les marchés publics**

L'Accord GATT/OMC, (devenu l'Accord sur les marchés publics (AMP) ;RS 0.632.231.422) vise l'extension du champ d'application de l'accord du GATT sur les marchés publics de 1979 et un approfondissement des principes de transparence et de non-discrimination. Source de droit international, il s'agit d'un outil d'interprétation du droit suisse à la lumière du droit international.

- **L'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics** (Accord bilatéral CE/CH ; RS 0.172.052.68) du 21.06.1999.

Cet accord, en vigueur depuis le 01.01.2002 a étendu la libération visée par l'AMP/OMC/GATT conclu par les pouvoirs publics adjudicateurs aux districts et aux communes, ainsi qu'à certains secteurs.

- **la Convention du 04.01.1960, révisée instituant l'Association Européenne de Libre-Echange (AELE),**

Consolidée le 21.06.2001 selon l'Accord de Vaduz entrée en vigueur le 01.06.2002, cette convention élargit aux autres Etats de l'AELE l'ouverture des marchés d'approvisionnement visés par l'accord CE/CH sur certains aspects en relation avec les marchés publics (RS 0.632.31).

#### Droit fédéral

- **la Constitution fédérale du 18 avril 1999** (Cst-féd.)

Les bases légales fondamentales afférentes aux marchés publics sont les art. 3, 5, al. 4, 54, 81, 95 al. 2 et 164 al. 1 litt. g Cst-féd. La réglementation sur les marchés publics adoptée après la conclusions des Accords OMC/GATT/AMP et CH-CE génère une compétence parallèle entre la Confédération et les cantons<sup>132</sup>. Au vu de

<sup>131</sup> Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des cantons. Rapport relatif au mandat de recherche confié à l'Institut pour le droit suisse et international de la construction (Université de Fribourg), Prof. Dr. J.-B. Zufferey et J. Dubey, lic. en droit, arch. Dipl. epfz du 01.06.2003.

<sup>132</sup> Sur les compétences parallèles entre la Confédération et les cantons, cf. notamment ATF 130 I 156, consid. 2 (1 P. 426/2003 du 21.04.04), Canton de Genève contre CF et CFMR, interprétation de l'art. 2c OMP, notamment la détermination de l'adjudicateur principal en cas d'adjudication commune, problèmes des règles de conflit. Caractère provisoire de l'art. 2c OMP, au vu de la révision à venir de la LMP.

la clause générale prévue à l'art. 3 Cst-féd., les cantons sont compétents pour la passation de leurs propres marchés sous réserve du respect des traités internationaux (art. 5, al. 4 Cst-féd.).

– **La Loi sur les marchés publics du 16.12.1994 (LMP)**

La LMP (RS 172.056.1) entrée en vigueur le 01.01.1996 constitue l'outil de transposition de l'Accord OMC/GATT/AMP. Cette transposition nécessitant une profonde transformation du droit suisse de l'adjudication, le législateur a préféré renoncer à réviser les deux ordonnances existantes sur les soumissions et les achats. Il a préféré mettre sur pied une législation dont la conception était nouvelle. La LMP n'est applicable telle quelle que pour les marchés publics passés par les entités adjudicatrices de la Confédération.

– **L'Ordonnance sur les marchés publics du 11.12.1995 (OMP)**

L'OMP (RS 172.056..11) se fonde sur les mêmes bases que celles qui ont conduit à l'adoption de la LMP. Elle vise 2 objectifs, soit :

1. *l'application du droit fédéral*, comme toute ordonnance classique (fondée sur l'application des art. 164 al. 1 litt. g et 81 Cst-féd.),
2. la réglementation des marchés pour lesquels il n'y a pas d'obligations internationales, mais pour lesquels la Suisse a décidé d'adopter des règles en plus. Il s'agit des marchés publics *dont la valeur est inférieure au seuil fixé par le GATT mais auquel la Confédération étend les obligations du GATT.*

LMP et OMP constituent le droit fédéral au sens strict et s'appliquent directement aux marchés fédéraux. La passation de l'Accord CH-CE a conduit à la révision de l'OMP.

– **La Loi sur le marché intérieur du 06.10.1995 (LMI)**

Entrée en vigueur le 01.07.1996 et révisée à plusieurs reprises depuis lors<sup>133</sup>, la LMI (RS 943.02) trouve son assise constitutionnelle à l'art. 95, al. 2 Cst-féd<sup>134</sup>. Cette disposition fonde la mission d'unification de l'espace économique et le devoir d'assurer la fonction fédérative de la liberté économique à charge de la Confédération. La LMI a donc un rôle « intégrateur » évident. Elle fait partie du programme mis en place par le Conseil fédéral pour favoriser la croissance dans le pays. La LMI ne s'applique pas aux marchés fédéraux. Ses art. 3, 5 et 9 LMI sont applicables aux marchés publics cantonaux. A ce titre, il faut rappeler qu'en vertu des art. 3 et 5 LMI, l'accès au marché doit être non discriminatoire, les marchés publics de grande envergure et les critères d'attribution et de participation doivent être publiés (art. 5, al. 2 LMI), toute limitation au marché doit revêtir la forme d'une décision (art. 9, al. 1 LMI) et que le droit cantonal doit prévoir au moins une voie de recours auprès d'une instance indépendante de l'administration (art. 9, al. 2 LMI ; dans le canton de Vaud la CDAP, anciennement = le TA)<sup>135</sup>.

– **La Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 06.10.1995 (Loi sur les cartels ou LCart)**

---

<sup>133</sup> L'OMP a été révisée en 2001 (suite à la signature de l'Accord CH-CE en 1999, accord entré en vigueur en 2002) ainsi qu'à fin 2009 (entrée en vigueur le 0.101.2010). Ces modifications concernent principalement les conditions de travail (art. 7, al. 2), l'organe de publication (art. 8, remplacement de la FOOSC par la plate-forme internet [www.simap.ch](http://www.simap.ch)), les exceptions de prescriptions de forme (art. 20), le développement durable (art. 27, al. 2) et les places de formation (art. 27, al. 3).

<sup>134</sup> Selon l'art. 95, al. 2 Cst-féd, la Confédération veille à créer un espace économique unique. Cette norme concerne avant tout le dispositif lié au marché intérieur. Cela étant, dans le cadre de sa mission visant à veiller à l'homogénéité du marché intérieur, elle confère à l'Etat fédéral la possibilité d'harmoniser sur certains points le droit des marchés publics (ATF 125. II 86, consid. 2.7.3. La Commission de la concurrence (Comco) a été désignée en tant qu'autorité de surveillance de la LMI (en application de l'art. 8, al. 1 LMI)

<sup>135</sup> Cf. ATF 125 II 86 et pour la doctrine J.-B. Zufferey/J. Dubey, *Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des cantons, rapport relatif au mandat de recherche confié à l'Institut pour le droit suisse et international de la Construction par la Commission des Achats de la Confédération*, Fribourg 2003, pp. 17-18

La LCart, entrée en vigueur le 01.02.1996 a été révisée en 2003 afin de renforcer la libre concurrence. Elle vise à empêcher les conséquences nuisibles sur le plan économique ou social imputables à des cartels et autres restrictions à la concurrence. La LCart s'applique à chaque fois que le droit fédéral sur les marchés publics implique une restriction de la concurrence.

– **La Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce du 06.10.1995 (LETC)**

La LETC (RS 946.51) est entrée en vigueur le 01.07.1996. Elle vise à empêcher la création d'entraves techniques au commerce, à les éliminer ou à les réduire par l'utilisation de 3 instruments : l'harmonisation des prescriptions techniques suisses avec celles de l'UE, la conclusion d'accords internationaux et l'application autonome du principe du « Cassis de Dijon ». La LETC a été révisée le 12.06.2009 afin de favoriser l'accès au marché suisse pour les produits en provenance de la CE qui représentaient en 2008 le 82 % du total des importations helvétiques (cf. Message du CF du 25.06.08)

– **L'Ordonnance du Département fédéral de l'Environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) du 18.07.2002**

Cette ordonnance est entrée en vigueur le 01.09.2002 (RS 172.056.111) en application de l'art. 2b de l'OMP, cette ordonnance concerne les volets d'exemption du droit des marchés publics.

- **L'Ordonnance sur les routes nationales du 07.11.2007 (ORN)**

Les art. 44 à 47 et 58 al. 3 ORN s'appliquent aux marchés publics cantonaux et communaux.

**Droit intercantonal**

- **L'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25.11.1994**

L'AIMP (RSV 726.91), révisée à la suite de la signature de l'Accord bilatéral CH-CE le 15.03.2001, constitue la transposition sur le plan intercantonal de ce qui est prévu dans les accords internationaux. Cette convention a 2 buts : l'ouverture de marchés publics cantonaux et communaux et l'harmonisation des règles relatives à la passation de ces marchés. L'art. 8 al. 2 AIMP met en œuvre l'art. 5 LMI en ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs sur le plan cantonal et communal.

A la différence de la LMP, l'AIMP exclut expressément, toute forme de négociation portant sur les prix et les prestations sont interdites une fois l'appel d'offres lancé, dans le cadre des procédures sur invitation et concurrentielles. L'accord intercantonal autorise par contre la négociation pour les marchés passés de gré à gré.

Il est à relever que, dans son ancienne teneur, l'AIMP suggérait aux cantons d'élaborer et de tenir à jour des listes d'entités soumises en applications des dispositions relatives au droit des marchés publics. Le fait que celles-ci présenteraient inévitablement des risques de manquer de complétude a amené le législateur à renoncer à cette suggestion (s'agissant du canton de Vaud, sur cette question, cf. arrêt du TA GE.2001.0122 du 07.06.2002 et 2003.0038. du 04.07.2003 concernant des fondations de droit privé).

### Sur le plan cantonal

- **La Loi sur les marchés publics** du 24 juin 1996 (LMP-VD ; RSV 726.01) : adoptée le 24.06.1996, entrée en vigueur le 01.12.1997, révisée le 10 février 2004.
- **Le Règlement d'application de la LMP-VD** du 7 juillet 2004 (RLMP-VD ; RSV 726.01.1

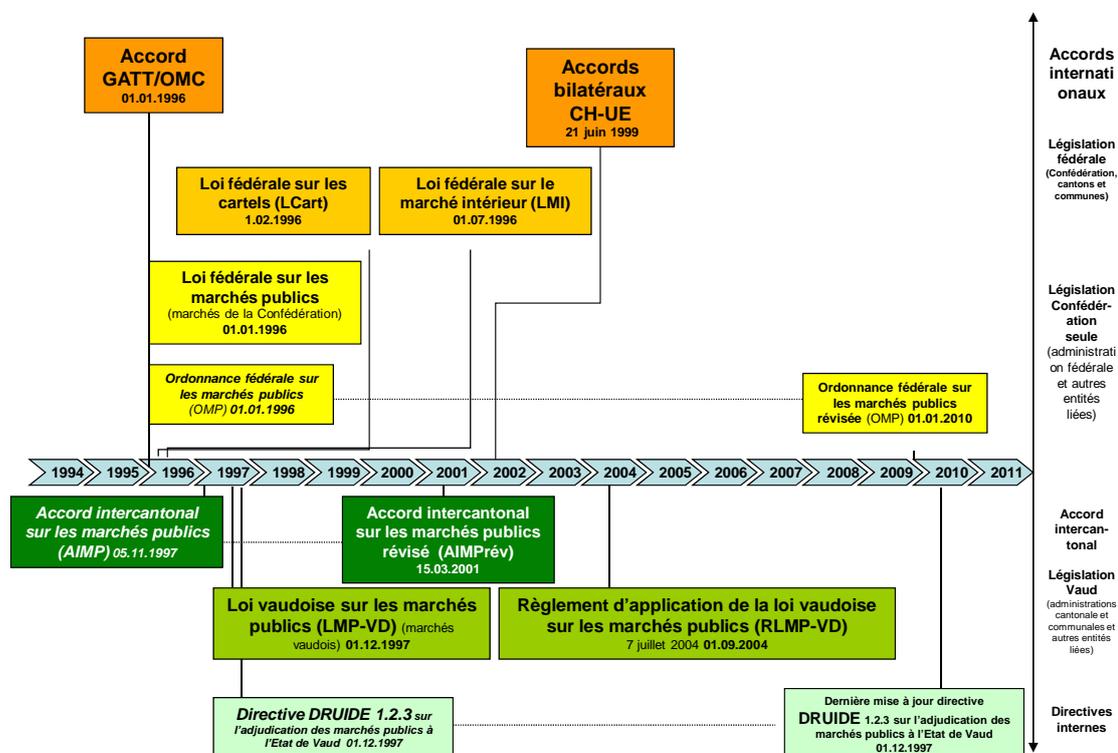
### Autres bases légales de rang fédéral en rapport avec la législation LMP

- la Loi fédérale sur les travailleurs détachés du 08.10.1999 (LDET, entrée en vigueur le 01.06.2004 ; RS 823.20) – art. 9, al. 2 let. D.
- la Loi fédérale sur le travail au noir du 17.06.2005 (LTN, entrée en vigueur le 01.01.2008; RS 822.41) – art. 13.
- l'Ordonnance fédérale du 07.11.2007 sur les routes nationales (ORN, entrée en vigueur le 01.01.2008; RS 725.111), art. 38 à 40.

## II. Cadre législatif vaudois

Le canton de Vaud figure parmi les premiers signataires de l'AIMP entré en vigueur en 1997. Suite à cette adhésion, il a édicté dès cette même année une directive interne (Druide 123), applicable à tous les marchés de l'administration cantonale. Cette directive a fait l'objet de plusieurs mises à jour dont la dernière remonte à quelques semaines. La situation vaudoise est donc la suivante :

### Législations sur les marchés publics en Suisse et pour le canton de Vaud et directives internes



### III. Les grandes questions à se poser en droit des marchés publics

1. Le consommateur entre-t-il dans la catégorie des pouvoirs adjudicateurs au sens de la législation sur les marchés publics ?
2. Le marché concerné entre-t-il dans le champ d'application visé par cette législation ? Dans l'affirmative, il s'agit de qualifier le marché concerné (marché d'acquisition de services, de fourniture ou de construction).
3. Quels sont les critères et les principes posés par la législation sur les marchés publics qui sont applicables au marché considéré ?
4. Le montant concerné par le marché dépasse-t-il les valeurs seuils fixées par les législations applicables en matière de marchés publics ? si oui, quelle est la procédure d'adjudication imposée ?
5. Une clause d'exemption permet-elle d'attribuer le marché sans passer par les procédures d'appel d'offres normalement prescrites ?

#### 1. Le consommateur entre-t-il dans la catégorie des pouvoirs adjudicateurs au sens de la législation sur les marchés publics ?

##### 1.1. Les acteurs concernés

###### 1.1.1. En général

Le consommateur (demandeur)<sup>136</sup> de prestations est soit :

- une collectivité publique centrale ou décentralisée<sup>137</sup> (Confédération, cantons, communes, associations de communes, établissements publics cantonaux, voire communaux).
- une entité parapublique
- une entreprise privée à qui l'Etat a délégué l'exécution d'une tâche publique<sup>138</sup> (caisses-maladies, TL, ECA, etc.).

Le fournisseur de la prestation est un tiers ressortissant de l'économie privée.

Les marchés « in house », soit ceux qui interviennent entre deux entités publiques ou assimilées n'entrent pas dans le champ d'application de la loi. Il y a marché « in house », lorsque l'adjudicateur fait exécuter le marché par ses propres services et lorsqu'il délègue une tâche publique interne à l'administration. Ce volet est précisé ci-dessous.

<sup>136</sup> Dans les cas où l'adjudicateur est défini comme un « pouvoir public », il faut se référer à la définition figurant à la note de l'Annexe 3 à l'Accord OMC/GATT/AMP qui précise que ce dernier existe lorsque 3 conditions sont cumulativement remplies, à savoir : l'entité dispose de la personnalité juridique, elle a été créée spécifiquement pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre que commercial ou industriel, elle dépend étroitement de la collectivité en cause, tel que par un subventionnement de plus de 50 % par exemple.. Versus la définition d'une « entreprise publique », qui figure en note de page de l'Annexe 3 à l'Accord OMC, à savoir qu'une entreprise publique existe dès l'instant où il s'agit d'une entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

<sup>137</sup> A ce titre, la CdC rappelle ce qui figure *supra*, soit que la Banque Cantonale Vaudoise (BCV) qui est juridiquement une société anonyme de droit public au sens de l'art. 763, al.2 CO, est exclue du droit des marchés publics, car elle est considérée comme étant un établissement à caractère commercial.

<sup>138</sup> La doctrine considère de manière unanime que tant les organes de droit public que ceux de droit privés sont concernés. Cf. Denis Esseiva, entités adjudicatrices privées, DC 1999, note p. 49. Quant à la notion d'organe, elle recouvre le fait de disposer de la personnalité juridique posée en droit européen.

### 1.1.2 Dans le canton de Vaud

Il s'agit :

- du canton, des communes et des associations intercommunales.
- des autres collectivités, notamment les caisses de pension, assumant des tâches publiques<sup>139</sup> cantonales ou communales dans la mesure où elles n'ont pas de caractère commercial ou industriel
- des marchés subventionnés à plus de 50% du coût total par des fonds provenant de collectivités publiques ou entités citées ci-dessus.

Les entreprises sectorielles soumises aux accords sur les marchés publics OMC/GATT relèvent de la législation vaudoise sur les marchés publics uniquement si elles appartiennent à une des catégories ci-dessus.

<b>2. Le marché concerné entre-t-il dans le champ d'application visé par cette législation ? Dans l'affirmative, il s'agit de qualifier le marché concerné (marché d'acquisition de services, de fourniture ou de construction).</b>
--

#### 2.1. La notion de marché (public) – complexité et variantes

Pour pouvoir déterminer si un marché entre dans le périmètre du droit des marchés public, il est nécessaire de délimiter le plus précisément possible ce qu'est un marché public. Or, malheureusement les différentes législations applicables en matière de marchés publics ne contiennent pas de définition précise. Une définition a été élaborée progressivement par la jurisprudence et la doctrine. Cette lacune de la loi ne facilite pas la démarche préalable qui consiste à déterminer si une transaction donnée doit être qualifiée de marché public. De surcroît, les tentatives de la doctrine et de la jurisprudence tendant à élaborer cette définition n'ont pas été exemptes de divergences, voire de contradictions dans les prises de positions des uns et des autres.

L'arrêt de référence rendu par le Tribunal fédéral est incontestablement l'ATF 125 I 209<sup>140</sup> qui a été abondamment commenté en doctrine<sup>141</sup>. Il précise que : « Ni la loi fédérale sur le marché intérieur, ni l'Accord GATT/OMC sur les marchés publics ne contiennent une définition du marché public ». Les juges de Mon-Repos ajoutent que « Selon la doctrine, on parle communément de marché public pour désigner l'ensemble des contrats passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) portant sur l'acquisition de fournitures, de constructions ou de services ». Ils soulignent que « L'adjectif «public» fait ici référence à la personnalité de l'acquéreur de la prestation et non pas au régime juridique applicable à ces contrats: en Suisse, ceux-ci restent soumis au droit privé (NICOLAS MICHEL, Droit public de la construction, Fribourg 1996, n. 1872, p. 376 s.) ».

Le TF conclut qu'on « se retrouve en présence d'un marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que « demandeur » acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont il a besoin pour exécuter ses tâches publiques. C'est la collectivité publique qui est « consommatrice » de la prestation et c'est l'entreprise privée qui en est le fournisseur » (ATF précité, consid. 6b).

<sup>139</sup> La notion de « tâche publique » est un concept très indéterminé. Elle doit être rapprochée de celle qui est donnée par le droit européen, à savoir qu'il s'agit d'une activité destinée à satisfaire des besoins d'intérêt général.

<sup>140</sup> Arrêt de la II Cour de droit public du 26.04.1999 dans la cause JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA et Decaux SA contre Ville de Genève et Société Générale d'affichage (RDP), p. 211-212

<sup>141</sup> cf. notamment ATF 135 II 49 pp 53-54, qui cite à ce propos la contribution du Professeur François Ballanger, intitulée « La notion de « marché public », une définition sans concession ? » in Les droit de l'homme et la constitution, Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni, éd. Par Auer/Flückiger/Hottelier, 2007, pp. 399 ss, spécialement p. 404, Martin Beyerler, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in Marchés public 2008, éd. Par Zufferey/Stöckli, 2008, pp. 65 ss, n. 54 ss et 63 ss.

A ce propos, il est intéressant de se pencher sur ce qu'a précisé Denis Esseiva dans le cadre d'une analyse spécifique aux marchés publics d'assurance en 2002<sup>142</sup> s'agissant des marchés de services, à savoir : « *La notion de marchés publics recouvre l'ensemble des contrats passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) portant sur l'acquisition de prestations de fournitures, de construction ou de services moyennant le paiement d'un prix*<sup>143</sup> (...) Il ajoute ceci « *Selon une jurisprudence vaudoise, seuls les contrats passés entre un pouvoir adjudicateur et une entité de droit privé sont assujettis au droit des marchés publics. Encore faut-il à mon avis que la collectivité publique « adjudicataire » bénéficie d'un droit exclusif en vertu de « dispositions législatives réglementaires ou administratives publiées » au sens de la note 1 relative aux annexes 4 AMP et AIMP révisé ainsi qu'à l'annexe VI de l'Accord bilatéral (...)* Il faut distinguer les marchés qui sont soumis aux traités internationaux et ceux qui ne le sont pas. (...) Dans le cas des premiers, les contrats d'assurance sont considérés comme des prestations de services soumises au droit des marchés publics selon les annexes 4 AMP/AIMP révisé et VI de l'Accord bilatéral. Ces annexes contiennent en effet une liste (limitative) des services assujettis, qui inclut les « services d'assurances ». (...) Les marchés de services non soumis aux traités internationaux sont ceux pour lesquels les soumissionnaires ayant leur siège en Suisse peuvent invoquer le droit des marchés publics. Dans ce domaine, l'article 6 al. 3 AIMP révisé ne fait plus référence à des listes de prestations et étend le champ d'application de la loi « à tous les marchés des adjudicateurs publics », donc également aux marchés d'assurance et de courtage, y compris ceux relevant des assurances sociales obligatoires. »

Dans l'arrêt publié à l'ATF 135 II 49 p. 53, le TF revient sur la notion de marché public telle que dégagée par l'ATF 125 I 209. Il rappelle que cette jurisprudence a été « abondamment » citée en doctrine, entre autre en ce qui concerne le point relatif à la notion de marché public. De fait, cette partie de la doctrine l'a considérée comme trop « rigide, schématique, qui suffit pour aborder des cas simples (soit des marchés publics que l'on pourrait qualifier de « classiques », mais qui ne permet en revanche qu'imparfaitement d'appréhender des situations plus complexes rencontrées dans la réalité économique<sup>144</sup> (...) » Plus loin le TF souligne que certains auteurs proposent de ce fait de réexaminer la notion de marché public afin d'assouplir certaines des conditions qui servent à la définir. A cet égard, le TF constate qu'une très importante part de la doctrine est d'avis que l'absence de versement d'une somme d'argent par l'Etat ne doit pas nécessairement conduire à exclure l'existence d'un marché public. Il suffit, selon eux, **que la prestation revête un caractère onéreux, son paiement pouvant être effectué sous n'importe quelle forme**, y compris en nature, afin de respecter la flexibilité prévue par l'art. II par. 2 de l'Accord GATT/OMC.<sup>145</sup> Enfin, une partie de la doctrine souhaite même, toujours dans le but précité, ne subordonner la définition de la notion de marché public ni à l'existence d'un rapport contractuel nécessairement fondé sur le droit privé, ni à l'exigence que le pouvoir adjudicateur soit nécessairement le destinataire direct de la prestation.<sup>146</sup>

<sup>142</sup> Denis Esseiva, Avocat, LL.M., Les marchés publics d'assurance, in Revue Fribourgeoise de Jurisprudence (RFJ), Numéro spécial « RFJ 10 ans », Le droit en mouvement, édité par Luc Vollerey, Pierre Corboz, Hugo Casanova et Denis Loertscher, Fribourg 2002, pp. 251ss

<sup>143</sup> En outre, l'auteur se réfère ici à différents auteurs de doctrine, à savoir Nicolas Michel, Droit de la construction, Briboutg

<sup>144</sup> François Bellanger, La notion de « marché public », une définition sans concession ? in Les droits de l'homme et la constitution, Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni, 2007, p. 399 ss, spéc. p. 404 ; Martin Beyeler, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in Marchés publics 2008, p. 65 ss.

<sup>145</sup> Voir références citées par l'ATF 135 II 49, consid. 4.3.1 p. 54.

<sup>146</sup> Voir références citées par l'ATF 135 II 49, consid. 4.3.1 in fine, p. 54.

**2.2. Les domaines concernés** sont : les constructions, les achats de fournitures et de services.

- La question controversée de la soumission ou non des concessions à la législation LMP fait l'objet de deux arrêts du TF topiques, à savoir les ATF 125 I 209 consid. 6 et 135 II 49 p. 56, dans lequel l'essentiel de la doctrine est citée.

- Selon la doctrine les « partenariats publics-privés » (PPP) sont soumis au droit des marchés publics (cf. notamment Jean-Baptiste Zufferey/Julien Lefort, L'assujettissement des PPP au droit des marchés publics, DC 2/2006, pp. 99ss, et arrêt S2, DC 2008, pp. 88 et note Beyeler).

-L'art. 8 al. 2 AIMP précise que les collectivités assumant des tâches cantonales ou communales sont soumises aux dispositions relatives aux marchés publics dans la mesure où elles n'ont pas de caractère commercial ou industriel. C'est sur la base de ce raisonnement que les banques cantonales exploitées dans des formes de droit public, ou sous la forme d'une société anonyme de droit public comme la Banque cantonale vaudoise (BCV) sont exclues du champ d'application de la législation LMP car elles revêtent un caractère commercial<sup>147</sup>. Par contre, les caisses de pension publiques sont soumises à la législation LMP tant qu'elles n'agissent pas dans un cadre commercial. En vertu de la disposition précitée, les projets et prestations qui sont subventionnés à plus de 50 % par des fonds publics sont aussi soumis au droit des marchés publics.

### **3. Quels sont les critères et principes afférents à la législation sur les marchés publics ?**

#### **3.1. Le critère constant : l'obtention de l'offre économiquement la plus favorable.**

Comme cela ressort clairement de l'ATF 125 I 209 précité que le but visé est de disposer de l'offre économiquement la plus favorable pour les finances publiques dans le respect de la transparence, de l'égalité de traitement et de la non-discrimination.

Dans ce cadre, la jurisprudence fédérale exige que l'importance des critères les uns par rapport aux autres soit spécifiée dans les documents d'appel d'offres et que la pondération du critère du prix par rapport aux autres critères soit d'au moins 20 %. (cf. ATF 125 II 86).

#### **3.2. Le principe constant d'adjudication des marchés publics**

Les offres doivent être évaluées sur une base transparente et objective selon des critères prédéfinis et un but de réalisation spécifié au plan légal. A ce propos, l'article 37 RLMP-VD, spécifie que chaque critère adopté pour juger les offres doit être assorti d'une pondération cohérente en fonction de la nature du marché.

L'évaluation de l'offre consiste à attribuer une note à chaque critère (d'aptitude et d'adjudication), à la valoriser selon la pondération correspondante. La somme des notes pondérées pour l'ensemble des critères détermine le score obtenu par l'offre.

L'adjudicateur dispose toutefois d'une marge de manœuvre importante pour définir ces critères d'adjudication qui dépendent du type d'organisation et des directives internes mises en place par la collectivité ou l'institution (Etat, communes, type d'institution). Les critères doivent toutefois être transparents et ne pas être

<sup>147</sup> sur la question, cf. notamment B. Knapp, Aspects du droit des banques cantonales, in Festschrift für Ulrich Häfelin, Zurich, 1989, pp. 459 ss.

discriminatoires. Les critères d'adjudication doivent en particulier être en lien direct avec le marché.

Comme relevé précédemment, un des objectifs des procédures des marchés publics est de valoriser la qualité des prestations. C'est pourquoi, à l'exception des marchés des biens « largement standardisés » qui peuvent être jugés uniquement sur la base du critère du prix, d'autres critères d'évaluation, liés à l'organisation d'exécution du marché et à la qualité technique peuvent être pris en considération : les caractéristiques environnementales, la qualité, la convenance de la prestation, les délais, la valeur technique et culturelle, l'esthétique, les coûts d'exploitation, la créativité, le service après-vente, l'infrastructure nécessaire à la réalisation du marché (art. 37 RLMP-VD).

### 3.3. Sélection de l'offre la plus avantageuse économiquement

Le principe d'adjudication prévalant pour les marchés publics en regard de la loi est de sélectionner l'offre la plus avantageuse économiquement, soit celle présentant le meilleur rapport qualité/prix, et ce quels que soient la valeur du marché et le type de procédure correspondant (procédure de gré à gré, sur invitation ou concurrentielle). La prise en compte de la notion de qualité est importante dans le cadre des procédures de marchés publics. Il est en effet nécessaire que le critère du prix ne soit pas le seul élément conditionnant le choix de l'adjudicataire, afin d'éviter d'encourager des pratiques de dumping et de favoriser des prestations qualitativement insuffisantes, ce qui présenterait non seulement des risques potentiels pour les utilisateurs, mais engendrerait des surcoûts ultérieurs. Les critères servant à la sélection des offres sont de deux types : les critères liés au soumissionnaire (critères d'aptitude) et ceux concernant spécifiquement le marché (critères d'adjudication).

### 3.4. Critères d'aptitude du soumissionnaire

Parmi les critères d'aptitude, on distingue d'abord les critères « absolus » qui, s'ils ne sont pas remplis, amènent l'exclusion du candidat pour le marché. Les motifs d'exclusion, répertoriés à l'article 8 RLMP-VD, concernent notamment l'obligation de se conformer aux dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et à l'égalité de traitement entre femmes et hommes. L'article 6 du RLMP-VD mentionne également que l'adjudicateur doit s'assurer que les soumissionnaires garantissent par contrat que les éventuels sous-traitants respectent ces prescriptions. Le candidat doit en outre s'être acquitté de ses impôts, avoir réglé ses cotisations sociales et ne pas faire l'objet d'une procédure de faillite.

D'autres critères d'aptitude, qui ne revêtent pas un caractère obligatoire, peuvent être utilisés pour juger les offres en complément aux critères d'adjudication liés au marché : ce sont les critères relatifs.

La distinction entre les critères d'aptitudes absolus et relatifs est importante. Il n'est en effet pas autorisé d'exclure un soumissionnaire qui se voit attribuer une note insuffisante pour un critère relatif. Par exemple, le critère lié à la formation d'apprentis est un critère relatif, il ne peut motiver l'exclusion d'un soumissionnaire qui ne s'y conforme pas<sup>148</sup>. Par contre les critères liés au respect des conditions de travail, à l'égalité de traitement entre hommes et femmes sont considérés comme absolus, donc éliminatoires en cas de non-respect.

---

<sup>148</sup> Exemple cité dans le cours CEP (centre d'éducation permanente de l'Etat de Vaud) « marchés publics : comment réussir vos appels d'offres », Patrick Vallat CCMP+, mai 2011.

**4. Le montant concerné entre-t-il dans le seuil concerné par la nécessaire mise en concurrence tel que prévue par la loi ?**

En sus de la nature de l'objet à acquérir (travaux, fournitures, services), s'ajoute la détermination de la valeur de l'objet concernée par le marché. En effet, les valeurs-seuils déterminent la procédure de passation du marché qu'il convient d'adopter.

Pour mémoire, la Cour rappelle que dans notre pays, tous les marchés publics cantonaux et communaux sont soumis à l'AIMP ainsi qu'aux législations cantonales qui en découlent, de même qu'à la LMI, et ce, quelle que soit la valeur du marché. Cette dernière conditionne toutefois le type de procédure à appliquer pour l'appel d'offres selon la catégorie de marché (fournitures, services, construction).

Pour les marchés les moins onéreux, la procédure dite de gré à gré peut être adoptée ; elle ne nécessite aucune mise en concurrence de soumissionnaires, aucune prescription de forme n'est requise et l'invitation à soumissionner s'effectue par communication directe.

Pour les marchés de valeur intermédiaire, il est nécessaire de procéder à un appel sur invitation, procédure consistant à solliciter au moins trois offres et à les placer ensuite en concurrence.

A partir d'une certaine valeur seuil, la procédure ouverte ou sélective est obligatoire. Il s'agit des procédures concurrentielles. La procédure ouverte consiste à annoncer le marché publiquement en appel d'offres et mettre ensuite toutes les offres en concurrence. Avec la procédure sélective, le tri s'effectue en deux étapes : un premier appel permet de sélectionner les soumissionnaires en fonction de critères d'aptitude et dans une deuxième étape, les soumissionnaires retenus présentent chacun une offre à mettre en concurrence. La procédure sélective permet de limiter le nombre d'offres à analyser.

Pour les marchés en procédures ouvertes ou sélectives, l'appel d'offres et les modes de sélection de l'adjudicataire sont soumis à des règles assez strictes, fixées par la législation cantonale (délais, publication et archivage des documents liés aux procédures, forme et contenu des annonces, communications de l'adjudicateur etc). Etant donné que toute décision liée à l'appel d'offres et à l'adjudication est sujette à recours, les modalités des procédures concurrentielles sont également largement réglementées par la jurisprudence.

On note encore que s'il n'est pas autorisé d'appliquer une procédure correspondant à une valeur inférieure à celle du marché en question (sauf exceptions prévues par la législation), rien n'empêche l'adjudicateur de porter un marché en procédure concurrentielle ou sur invitation alors qu'il n'a pas atteint le seuil correspondant à cette catégorie de procédure.

***Valeurs seuils et procédures applicables aux marchés non soumis aux traités internationaux (montants hors taxe), fixés par l'AIMP (2010)***

Champ d'application	Fournitures (valeurs seuils en CHF)	Services (valeurs seuils en CHF)	Construction (valeurs seuils en CHF)	
			Second oeuvre	Gros œuvre
Procédure de gré à gré	jusqu'à 100'000.-	jusqu'à 150'000.-	jusqu'à 150'000.-	jusqu'à 300'000.-
Procédure sur invitation	de 100'000.- à 250'000.-	de 150'000.- à 250'000.-	de 150'000.- à 250'000.-	de 300'000.- à 250'000.-
Procédure ouverte / sélective	dès 250'000.-	dès 250'000.-	dès 250'000.-	dès 500'000.-

Si la valeur du marché concurrentiel dépasse un certain seuil, ce sont non seulement les législations nationales qui sont applicables, mais également les traités internationaux (l'accord OMC/GATT et l'Accord bilatéral). Cela signifie concrètement, que l'appel d'offres pour ce marché doit obligatoirement être organisé sous forme concurrentielle et rendu public et qu'il doit être ouvert aux soumissionnaires provenant de pays signataires des traités concernés, qui doivent être considérés sur un pied d'égalité que leurs concurrents indigènes. Les voies de recours leur sont également ouvertes.

**Valeurs seuils 2010 selon les dispositions des traités internationaux (montants hors taxe)**

Adjudicateurs	Valeurs seuils en CHF		
	Marchés de fournitures	Marchés de services	Marchés de construction (valeur totale)
Cantons	350'000.-	350'000.-	8'700'000.-

**5. Une clause d'exemption permet-elle de s'affranchir de l'application de la loi ?**

**5.1. Exemptions possibles à l'obligation de procéder à un appel d'offres**

La législation vaudoise sur les marchés publics, à l'instar de celles des autres cantons et de celle de la Confédération, prévoit des exceptions à l'obligation de soumettre un marché dont la valeur est supérieure au seuil des procédures concurrentielles.

**5.1.1. Marchés « in house »**

Comme évoqué ci-dessus les marchés « in house » ne sont pas forcément soumis à la procédure LMP. Tel est le cas lorsque l'adjudicateur fait exécuter le marché par ses propres services, lorsqu'il délègue des tâches publiques internes à l'administration et, dans les cas où il n'y a pas de véritable délégation interne, lorsque l'adjudicataire a une personnalité juridique propre, mais qu'il existe un lien étroit entre lui et le pouvoir adjudicateur<sup>149</sup>. Afin de concrétiser ce domaine, la Cour donne l'exemple suivant d'un marché « in house » : la Ville de Lausanne a confié un mandat à la CADEV pour la production d'imprimés.

**5.1.2. Procédure de gré à gré**

Les cas relatifs à la procédure de gré à gré sont exposés de manière très explicite à l'art. XV de l'Accord OMC/GATT/AIMP. Au vu de ceci, on peut affirmer que la procédure de gré à gré est ainsi admissible sous réserve qu'une des conditions répertoriées à l'article 8 RLMP-VD soit remplie (par exemple les cas d'urgence, les situations où un complément imprévisible au marché initial est requis, si l'adjudicateur s'aperçoit que les offres ont été concertées, si aucune des offres ne répond aux exigences essentielles de l'appel d'offres etc.).

<sup>149</sup> Sur la question des marchés « in-house », cf. en particulier arrêts du TA VD GE GE 1998.0178 du 02.07.1999, consid. 2a, GE 2007.001 du 06.11.2009 consid. 1 se référant à la Cour de justice européenne, qui fixe des exigences figurant dans les arrêts Carbotermo, CJCE du 11.05.2006, aff. C-340/04, Trea, CJCE du 11.01.2005, aff. C-26/03, Teckal, CJCE du 18.11.1999, aff. C-107/98). S. Scherler, In-House-Vergaben in der Schweiz, DC 2/2005, p. 67, E. Clerc, Commentaire romand, ad. art. 5 LMI no 57ss; J.-B. Zufferey/Maillard/N. Michel, Droit des marchés publics, présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg, 2008, pp. 160 ss ; Pierre Moor, Droit administratif, vol. III, éd. 1992, p. 109)

L'analyse doit être menée de manière concrète et objective. Les autorités judiciaires se sont d'ailleurs toujours montrées très restrictives à cet égard (notamment sur les cas dit « d'urgence »). La doctrine est aussi discrète sur cette question<sup>150</sup>.

Le champ d'application de la procédure de gré à gré est la suivante :

- 1, il n'y a aucune autre procédure possible, car il n'existe qu'un seul fournisseur apte à fournir la prestation ou parce que l'on se trouve dans un cas d'urgence manifeste dû à des événements imprévisibles non causés par l'adjudicateur<sup>151</sup>.
2. L'adjudicateur a déjà recouru à une autre procédure qui s'est avérée inutile faute d'offres ou qui sera inutile dès le début, parce que les prix sont suffisamment transparents ou qu'il y a un lien avec un autre marché.
3. Le marché concerné n'entre pas dans ceux qui sont soumis à la procédure LMP.
4. Le seuil est inférieur à ceux qui justifient une soumission à d'autres procédures.

Cela étant, il faut garder à l'esprit que l'adjudication des marchés passés en procédure de gré à gré en exception à la mise en appel d'offres sous forme concurrentielle doit cependant être publiée sur simap (art 39 al.3 RLMP-VD).

## **5.2. De quelques pratiques interdites<sup>152</sup>**

Du cadre législatif des marchés publics et de la jurisprudence qui lui est liée se dégagent plusieurs pratiques interdites, qu'il est impossible à lister dans leur exhaustivité, mais dont les principales sont connues.

### **5.2.1. « Saucissonnage » du marché pour échapper aux procédures concurrentielles**

Une pratique couramment utilisée pour éviter de passer un marché en procédure ouverte ou sélective consiste à morceler un marché d'une certaine valeur en plusieurs sous-marchés de valeurs inférieures afin de pouvoir les attribuer de gré à gré (ou selon une procédure sur invitation). Cette technique dite « de saucissonnage » n'est pas autorisée. La vérification de cette clause n'est cependant pas aisée à effectuer, car la notion même de marché n'est pas forcément claire dans tous les cas. C'est la pratique et la jurisprudence qui contribuent à définir la notion de marché. Pour les marchés de construction, il est couramment admis qu'un marché correspond au maximum à un CFC<sup>153</sup> à trois chiffres.

A l'inverse, il est autorisé de regrouper plusieurs marchés et d'effectuer un appel d'offres total, par exemple à l'intention d'une entreprise générale qui sous-traite ensuite les différents marchés à d'autres entreprises.

De même, un marché passé en procédure concurrentielle, peut-être scindé en différents lots à attribuer à des soumissionnaires différents. Même si la valeur des lots est inférieure aux seuils relatifs aux procédures ouvertes, l'appel d'offre de chaque lot doit s'effectuer en procédure ouverte ou sélective.

### **5.2.2. Recours abusif la clause d'exception à la mise en concurrence**

Ce paragraphe est notamment à mettre en rapport avec l'utilisation à mauvais escient de la procédure de gré à gré. Si les motifs invoqués au recours à la clause d'exception ne sont pas dûment motivés, l'utilisation de cette option est considérée comme abusive.

<sup>150</sup> Cf. notamment l'avis de droit émis par le Professeur J.-B. Zufferey intitulé « Le champ d'application des marchés publics », p. 153

<sup>151</sup> A ce sujet cf. notamment arrêts de la CDAP (respectivement du TA) GE.2007.0013 du 06.11.2009, /24.01.2001, GE000/00136, TA NE recours dans le cadre d'Expo 02

<sup>152</sup> Source : voir note 11

<sup>153</sup> Le Code des frais de construction (CFC) est la nomenclature édictée par la Société des ingénieurs et architectes suisses (SIA) pour définir les types de travaux dans le domaine de la construction.

### 5.2.3. Reconduction tacite d'un contrat de durée déterminée

Un contrat portant sur des fournitures ou des services ne peut être reconduit tacitement sans recourir à un appel d'offres si la valeur du marché dépasse le seuil des procédures concurrentielles.

En cas de marchés répétitifs, la valeur se calcule selon la durée d'exécution du marché et en tenant compte de l'importance des marchés répétitifs des douze derniers mois de l'exercice en cours si le contrat est de durée déterminée. La durée du contrat ne devrait pas, en principe, dépasser 48 mois s'il est de durée indéterminée.

En pratique, la valeur du marché doit généralement être calculée sur quatre ans pour une prestation de même nature.

### 5.2.4. Utilisation des critères discriminatoires

Comme évoqué précédemment, il n'est pas autorisé d'exclure un candidat qui n'atteint pas un score déterminé pour un critère non reconnu comme critère d'aptitude absolu. Si, par exemple, les principes liés au développement durable peuvent être intégrés comme critères relatifs pour le jugement d'une offre, ils ne peuvent conduire à discriminer à eux seuls un candidat. Il est d'autre part interdit de discriminer un candidat au motif que son entreprise n'est pas localisée dans un canton ou une commune précis, sauf si cette condition est nécessaire à la réalisation du marché.

La notion de discrimination est largement réglée par la jurisprudence.

## IV. De la qualification juridique des marchés publics

### 1. Généralités

En droit suisse, il faut rappeler que le domaine des marchés publics, pris au sens large (adjudication et exécution du contrat) implique deux phases distinctes et des actes juridiques de nature différente :

- Dans la première, on se trouve face à un pouvoir adjudicateur (client) qui s'adresse à des entreprises privées (fournisseurs soumissionnaires) pour retenir, parmi ces dernières, un adjudicataire sur la base de certains critères. Dans cette mission, le pouvoir adjudicateur agit dans le cadre du **droit public**. Il rend une décision administrative<sup>154</sup> susceptible d'être attaquée devant les tribunaux, en l'occurrence devant la CDAP dans le Canton de Vaud<sup>155</sup>. L'affaire peut ensuite être portée devant le Tribunal fédéral. Une fois que l'adjudication est définitive et exécutoire, on peut passer à la seconde phase.

Celle qui, débutant par la passation du contrat administratif entre l'entité concernée et le fournisseur de prestation, dure tant que les travaux relatifs ou la prestation à fournir n'est pas menée à chef. Cette phase est soumise **au droit privé** (art. 3 ssCO). Le régime est donc l'autonomie de la volonté et l'adjudicateur est alors traité comme n'importe quel partie à un contrat de droit privé.

<sup>154</sup> art. 15 al. 1 bis litt. e AIMP

<sup>155</sup> Chaque canton à sa propre instance de recours. S'agissant des marchés publics de la Confédération, l'instance de recours est la Commission fédérale de recours des marchés publics (CRMP), et non pas le Tribunal fédéral (TF). Partant, il arrive que des décisions de la CRMP et des arrêts rendus par le TF soient contradictoires. S'agissant de la qualité pour recourir, on rappellera ici que seuls les soumissionnaires dont les offres ont été écartées sont habilités à déposer un recours. Dans le cadre de la LMI, la Commission de la concurrence (COMCO) dispose également d'un droit de recours qui se limite toutefois à la garantie d'un accès non discriminatoire aux marchés publics. Elle ne peut présenter de recours portant sur un autre aspect de la procédure (non-respect des délais, définition inadéquate d'un marché etc.)

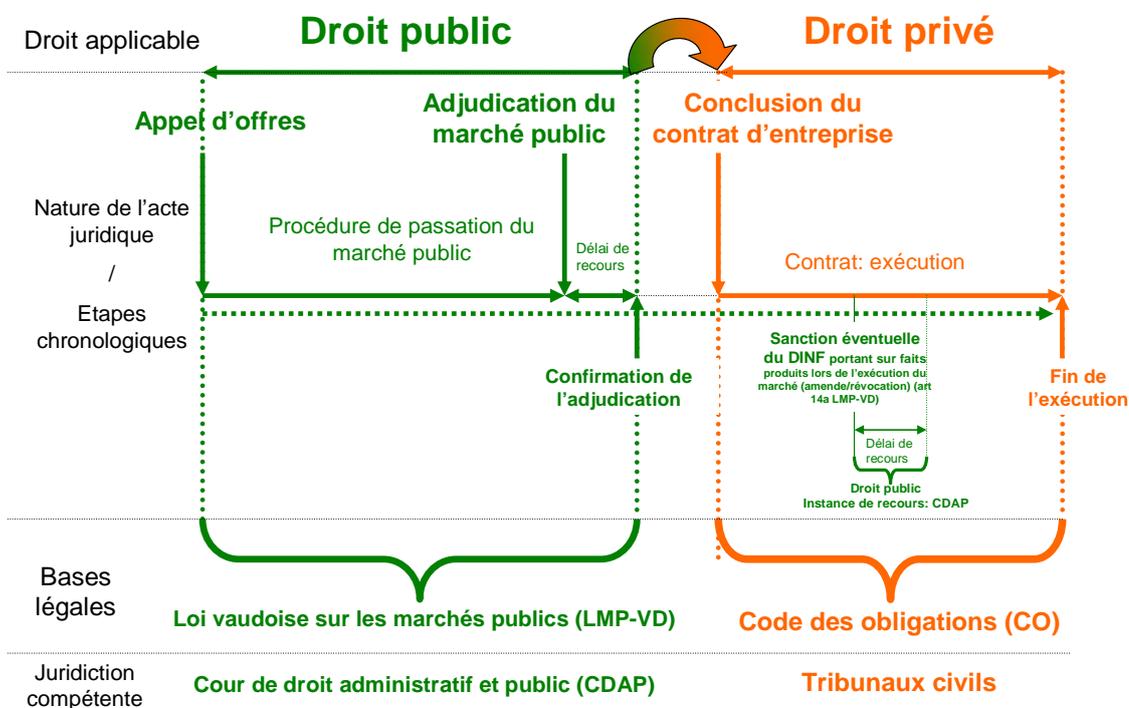
Cette manière de fonctionner amène une question : l'adjudication n'amène pas forcément une obligation de passer le contrat qui s'y rapporte. Sur cette question, on peut consulter notamment l'ATF 129 I 410<sup>156</sup>, en traduction libre par le Prof. Jean-Baptiste Zufferey.

### L'influence du droit public sur l'exécution du contrat

En tant qu'elle vise l'exécution de travaux, l'achat de fourniture ou de prestations données, il va de soi que l'adjudication a un effet sur l'exécution du contrat, une fois celui-ci passé. La volonté émise par l'adjudicataire et les conditions y afférentes sont reprises intégralement dans le contrat. **La Cour considère qu'il est préférable de l'énoncer dans le contrat concerné, afin d'écartier tout doute à ce propos.**

Le schéma ci-après résume ce qui précède.

## Les marchés publics: articulation entre phase de droit public et de droit privé



<sup>156</sup> Dans cette affaire grisonne opposant la commune de Tujetsch au TA de son canton, le TF, dans le cadre d'un RDP, a considéré que c'était à tort que le Tribunal cantonal avait jugé que l'adjudication effectuée par la commune (achat d'un rattrack) l'obligeait ensuite à passer le contrat relatif à l'achat de celui-ci. La commune invoquait des raisons budgétaires, qui l'amenaient à renoncer à cette acquisition. Dans son considérant 3.4., le TF énonce que « contrairement à l'opinion du Tribunal administratif, ni la mise en soumission, ni la décision d'adjudication ne créent une obligation de conclure le contrat à charge de l'adjudicataire. Le droit public des marchés publics ne modifie ainsi nullement le droit privé des contrats. L'adjudication met fin à l'obligation de conclure le contrat qui prévaut pendant la procédure de soumission. Elle ne lie cependant l'adjudicataire que dans la mesure où il a l'obligation de conclure le contrat avec le destinataire de l'adjudication s'il entend conclure un tel contrat (...) Une obligation de conclure ne pourrait exister que si elle résultait clairement de la loi, ce qui n'est pas le cas dans les Grisons. »

## ANNEXE 2

### BIBLIOGRAPHIE

#### **Bellanger François**

- le droit applicable aux marchés publics, RDAF 2001 (57), no 4, pp. 367-385, pour la question de la notion de marchés publics, cf en particulier pp. 370 ss
- la classification des services soumis à l'AMP, DC 2000, p. 123
- Dix ans de jurisprudence en matière de marchés publics, une sélection d'arrêts forcément arbitraire, DC 2006, p. 19,
- Les jurisprudences récentes en droit des marchés publics, oin Zufferey Jean-Baptiste./Stöckli Hubert, éd. 2010, Zurich, p. 403,
- Le droit applicable aux marchés publics in RDAF 2001 (57), p. 367.
- La notion de « marché public », une définition sans concession ? in Les droits de l'homme et la constitution, Etudes en l'honneur du Presser Giorgio Malinverni, éd. Par Auer/Flückinger/Hettelier, 2007, pp. 399 ss

#### **Bovay Benoît**

- La non-discrimination en droit des marchés publics, RDAF 2004 (60), no 3, pp. 227-243,
- Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, Rappels, actualité, perspectives in : Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert, éd. 2010, p. 311,

#### **Bovet Christian**

- Contentieux AIMP et LMI, DC 2000, p. 51,
- La procédure de gré à gré, DC 2004, p. 42,
- Le contentieux des marchés publics, RDAF 2001 (57) pp. 415-438
- Les marchés publics face au droit de la concurrence, in Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert, éd. 2010, Zurich, p. 377,
- Récusation. Quand et comment les membres d'un pouvoir adjudicateur doivent-ils se récuser ? in DC 2003, p. 55.

#### **Calame Richard**

- Le développement des procédures sur invitation, in DC 2006, p. 52.

#### **Carron Vincent/Fournier Jacques**

*sous la direction de Michel Nicolas et Clerc Evelyne*

- la protection juridique dans la passation des marchés publics, étude de droit comparé, règles, types et rapport explicatif éd. Par Gauch Peter/Tercier Pierre/Zufferey Jean-Baptiste, contributions à l'Institut pour le développement suisse et international du droit de la construction, Editions Universitaires Fribourg Suisse 2002, pp. 3ss (cf notamment la question de la définition de la notion de marchés publics).

#### **Clerc Evelyne**

- L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique. *Etude comparée des solutions au titre de l'accord OMC sur les marchés publics, du droit*

*communautaire et des nouvelles réglementations suisses*, thèse Fribourg 1997, Editions Universitaires Fribourg Suisse, AISUF, Fribourg 1997,

- Le champ d'application du droit des marchés publics et les diverses procédures possibles, *Marchés publics 02*, Fribourg 2002,
- Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics, *Pratique juridique actuelle (PJA) 7/1997*, p. 804-811,
- Commentaire de l'art. 4 al. 2 LCart, de l'art. 7 LCart, de l'art. 5 LMI et de l'art. 9 LMI, in *Tercier/Bovet, Droit suisse de la concurrence Helbing & Lichtenhahn 2002*.

#### **Cottier Thomas/Pannatier Serges/Wagner Manfred**

- Les accords du GATT/OMC et la construction in *BR/DC 1995*, p. 27.

#### **De Koninck Constant/Ronse Thierry**

- Droit européen des marchés publics : les directives communautaires et 25 années de jurisprudence de la justice des Communautés européennes/recueil de textes et analyse, *Waterloo 2009*.

#### **Dubey Jacques**

- La passation des marchés publics par des moyens électroniques, in *Marchés publics 02*, Fribourg 2002,
- La pratique judiciaire depuis 2006, confirmations, modifications et évolutions de la pratique judiciaire des marchés publics à l'heure du changement des instances et des voies de recours fédérales, in *Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert, Zurich 2008*, p. 375
- Les « mandats d'études parallèles » sont des « marchés de services identiques », *DC 2006*, p. 47
- *Marchés publics/Jurisprudence, DC 2007*, pp. 192 ss

#### **Esseiva Denis**

- La préparation de la procédure d'appel d'offre in *Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert. Les juridictions administratives face aux marchés publics, Colloque du 3 octobre 2000, Fribourg 2000*, p. 77
- Evaluation des offres et transparence de la procédure de passation, in *Marchés publics 02, Fribourg 2002*
- Entités adjudicatrices privées, *DC 1999*, note p. 49
- L'évolution du marché public de la construction. Où en sommes nous, *Fribourg 2002*
- Accord bilatéral sur les marchés publics. Quel contrôle des dispositions relatives aux conditions de travail ?, *Fribourg 2002*
- Le concours et les marchés publics, *Journées suisses du droit de la construction 2003, Fribourg 2003*, p. 197
- Les marchés publics d'architectes et d'ingénieurs, *Fribourg 2002*
- Les marchés publics d'assurance, *Revue fribourgeoise de jurisprudence (RJF), éd. spéciale 2002, à l'occasion des 10 ans de la RJF I*, p. 251
- Les nouvelles législations in *Marchés publics 02, Fribourg 2002*,
- Les nouveautés en législation, in *DC 2004*, p. 8,
- Les problèmes liés au prix, *DC 2004*, p. 27
- *Marchés publics/Jurisprudence, DC 2004*, p. 65

### **Gonthier Régina**

- Etat des lieux – considération à la veille de la révision de l'OMP et de la LMP, BR/DC, cahier spécial 2006, p. 62.

### **Knapp Blaise**

- Aspect des banques cantonales in Festschrift für Ulrich Hälfelin, éd. Schulthess, Zurich, 1989, pp. 459 ss.

### **Moser André**

- Les marchés publics en Suisse au seuil du XXI<sup>e</sup> siècle, in Borghi Marco/Corti Guido Problemi emergenti di diritto pubblico : atti della giornata studio del 5 giugno 2000, Bâle/Genève/Munich 2001, p. 3

### **Pfammater Christian**

- Concours et marchés publics, RDAF 2002 (58), no 5-6, pp. 439-460
- Le recours contre les décisions d'adjudication, in Marchés publics 02, Fribourg 2002,

### **Pictet Jacques/Bollinger Dominique**

- Adjuger un marché au mieux-disant, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne 2003,
- Aide multicritère à la décision : aspects mathématiques du droit suisse des marchés publics BR/DC 2000, p. 63

### **Poltier Etienne**

- Les marchés publics, premières expériences vaudoises, RDAF 2000 (56) pp. 297-329
- Les pouvoirs adjudicateurs, Champ d'application personnel du droit des marchés publics, AJP 2008, p. 1107

### **Rappo Aurélia**

- Les marchés publics : champ d'application et qualification, RDAF 2005 I pp. 165 s, 171

### **Rodondi Olivier**

Le droit cantonal des marchés publics : les premières expériences, RDAF 1999 (55), no 4, pp. 265-312

Les critères d'aptitudes et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF 2001 (57), no 4, pp. 387-413,

### **Schaller Olivier**

- Le rôle des marchés publics dans la réalisation du marché intérieur suisse, Vie économique, N0 72/9, p. 28

### **Scherler Stefan**

- « In-house »-Vergaben in der Schweiz, DC 2/2005, p. 67
- Interruption de la procédure DC 2002, p. 152

### **Scherler Stefan/ Zufferey Jean-Baptiste**

- Droit des marchés publics, La pratique de l'avocat 2011, Berne 2001, éd. Furrer

### **Vallat Patrick**

- le Guide romand pour les marchés publics, BR/DC cahier spécial 2006, p. 66

### **Zufferey Jean-Baptiste**

- Les grandes nouveautés en droit des marchés publics, de lege lata et ferenda in : Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), éd. 2010, Zurich, 2010, p. 1
- Le champ d'application du droit des marchés publics- Mise en garde pour tous ceux qui projettent d'y échapper, in Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, 2008, p. 691 ss, 699).
- Le champ d'application du droit des marchés publics. Quelques aspects d'un problème décidément complexe, in : Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), éd. 2008, p. 145
- La qualité pour recourir contre les décisions de l'adjudicateur, in Zufferey Jean-Baptiste (Hrsg.), Les juridictions administratives face aux marchés publics, Colloque du 03.10.2000, Fribourg 2001, p. 77
- Les marchés publics dans la construction « cinq ans après » in Journées du droit de la construction 2001, Vol. I, p. 17
- Le « Combat » entre l'effet suspensif et le contrat en droit des marchés publics, in : Hänni Peter (Hrsg.) Mensch und Staat, Contribution en l'honneur de Thomas Fleiner, à l'occasion de son 65<sup>ème</sup> anniversaire, Fribourg 2003, p. 689,
- Le contrat à l'épreuve du droit des marchés public, in : Bellanger François/Chaix François/Chappuis Christine/Lachat Anne (Hrsg.). Le contrat dans tous ses états, p. 155
- Le droit des « PPP » : état des lieux. Contrats et marchés, article publié in Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés publics 2010, éd. Schulthess

### **Zufferey Jean.-Baptiste/Dubey Jacques**

- Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des cantons, rapport relatif au mandat de recherche confié à l'Institut pour le droit suisse et international de la Construction par la Commission des Achats de la Confédération, Fribourg 2003,  
Quid après l'adjudication ? Les effets du droit (public) des marchés publics sur la conclusion et l'exécution du contrat (de droit privé), BR/DC cahier spécial 2004, p. 62
- Vers un nouveau « nouveau droit des marchés publics » ? BR/DC 2003, p. 143

### **Zufferey Jean-Baptiste/ Maillard Corinne/Nicolas Michel**

- Droit des marchés publics : présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 135

### **Jean-Baptiste Zufferey/Julien Lefort,**

- L'assujettissement des PPP au droit des marchés publics, DC 2/2006, pp. 99ss, sur l'assujettissement des PPP institutionnels, cf. pp. 261ss)

### **Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli**

- Aktuelles Vergaberecht 2008/Marchés publics 2008, Zurich 2008, pp. 145ss, dont pp. 152 ss pour la question spécifique des diverses exemptions au champ d'application des marchés publics.

**Jean-Baptiste Zufferey/Denis Esseiva/M.Amstutz**

- Les effets juridiques de la concurrence dans le secteur de la construction, Rapport au SECO, Institut pour le droit suisse et international de la construction, Université de Fribourg, 2002

## ANNEXE 3

### Questionnaire envoyé à 25 services/ secrétariats généraux de l'administration cantonale

Cases jaunes : questions fermées (choix de réponse dans liste pré-définie)

Cases bleues : questions ouvertes

#### Questionnaire sur l'organisation des marchés publics dans votre service/entité



Les cellules jaunes concernent les questions fermées avec réponses pré-définies à choix: positionnez le curseur sur la cellule jaune, cliquez sur la flèche puis sélectionnez la réponse.  
Les cellules bleues concernent les questions ouvertes (réponses libres).

Ressources et support pour réaliser vos marchés publics	
1	<p>Avez-vous désigné, parmi vos collaborateur-trice-s, un-e <u>répondant-e interne</u> pour la réalisation des procédures administratives de marchés publics* (en procédure ouverte ou sélective) ?</p> <p>Si oui:</p> <p>Quelle est sa formation en matière de marchés publics?</p> <p>Son cahier des charges mentionne-t-il cette mission de répondant-e interne en marchés publics?</p> <p>Si oui, quel est le pourcentage d'activité (EPT) prévu pour cette tâche?</p>
2	<p>Au moyen de vos <u>ressources internes</u>, quel est approximativement le nombre de jours nécessaires pour réaliser les procédures de marchés publics (en procédure ouverte ou sélective) sur deux ans de 2009 à 2010 (en jours-collaborateur-trice-s)** ?</p>
3	<p>Faites-vous appel à des <u>mandataires externes</u> pour réaliser vos procédures de marchés publics (ouvertes ou sélectives) **?</p> <p>Si oui (ou parfois):</p> <p>Pour combien de marchés lancés en 2009 et 2010?</p> <p>Et quel en a été le coût (pour les marchés lancés en appel d'offres ouverte ou sélective de 2009 à 2010)*?</p>
4	<p>Avez-vous mis en place des directives internes à votre service en matière de marchés publics (autres que Druide 1.2.3)?</p> <p>Si oui</p>
5	<p>Vous référez-vous au Guide romand des marchés publics pour organiser vos procédures de marchés publics?</p>

\* Ne considérer que la partie administrative de la procédure de marché public: préparation de l'appel d'offres jusqu'à l'adjudication, en dehors de la réalisation du cahier des charges lié au projet lui-même

\*\* Par exemple si votre service a lancé trois appels d'offre de 2009 à 2010 et que deux personnes ont consacré chacune dix jours EPT à cette tâche, cela représente vingt jours-collaborateur-trice-s.

### ANNEXE 3

Questionnaire sur l'organisation des marchés publics dans votre service/entité

<b>Examen des offres</b>	
6	<p>Mettez-vous en place des comités d'évaluation des offres pour adjudger vos marchés (organisés en procédure ouverte ou sélective) ? ..... <input type="checkbox"/></p> <p>Si oui (ou parfois), quelle est généralement la composition du comité (effectifs, fonctions/provenances des membres)? ..... <input type="checkbox"/></p>
<b>Contrôle des risques de conflit d'intérêts et de collusion</b>	
7	<p>Vérifiez-vous s'il n'existe pas de risques de conflit d'intérêts entre les personnes décidant de l'adjudication (comité d'adjudication, chef-fe de service, chef-fe de projet, ou collaborateur-trice-s de votre service intervenant dans l'adjudication) et les soumissionnaires ? ..... <input type="checkbox"/></p> <p>Si oui, comment procédez-vous en cas de conflit d'intérêts? ..... <input type="checkbox"/></p> <p>Comment définissez-vous la notion de conflit d'intérêts? ..... <input type="checkbox"/></p>
8	<p>Dans le cadre des procédures de marchés publics, avez-vous déjà soupçonné des risques de collusion voire des collusions entre soumissionnaires ayant pour conséquence d'entraver la concurrence? ..... <input type="checkbox"/></p> <p>Si oui, quels sont les contrôles supplémentaires que vous avez réalisés, les mesures entreprises et le résultat ? ..... <input type="checkbox"/></p>
<b>Contrôle des critères de participation des soumissionnaires (art. 6 et art. 32 RLMP-VD)</b>	
<b>Conformité légale générale des soumissionnaires</b>	
9	<p>Vous référez-vous aux listes permanentes de soumissionnaires qualifiés établies par le DINF (art. 25 RLMP-VD) pour vérifier les critères de participation (aptitude) des soumissionnaires? ..... <input type="checkbox"/></p>
10	<p>Si les soumissionnaires ne font pas partie des listes permanentes, ou si vous ne vous y référez pas, vérifiez-vous si les soumissionnaires.....:</p> <p>..... se sont acquittés de leurs impôts? ..... <input type="checkbox"/></p> <p>..... ne font pas l'objet d'une procédure de faillite? ..... <input type="checkbox"/></p>

\* Règlement d'application de la Loi vaudoise sur les marchés publics du 7 juillet 2004 (RLMP-VD ; RSV 726.01.1)

**ANNEXE 3**

*Questionnaire sur l'organisation des marchés publics dans votre service/entité*

<b>Condition de travail et protection des travailleurs</b>	
<b>11</b>	Utilisez-vous une procédure standard pour contrôler les dispositions relatives à la protection des travailleur-euse-s et aux conditions de travail chez les soumissionnaires? .....
	[Yellow box]
	Si oui, laquelle (par exemple annexe P1, P2 du Guide romand des marchés publics)? .....
	[Light blue box]
<b>12</b>	Demandez-vous aux soumissionnaires des documents prouvant qu'ils respectent les dispositions relatives à la protection des travailleur-euse-s et aux conditions de travail? .....
	[Yellow box]
	Si oui, quels documents avez-vous demandés? .....
	[Light blue box]
<b>13</b>	Utilisez-vous la procédure de contrôle des soumissionnaires élaborée par le DINP consistant à envoyer aux partenaires sociaux (UNIA et Fédération vaudoise des entrepreneurs) les procès-verbaux de la séance d'ouverture des offres contenant la liste des soumissionnaires, pour contrôle? .....
	[Yellow box]
<b>Egalité hommes-femmes</b>	
<b>14</b>	Utilisez-vous une procédure standard pour contrôler les dispositions relatives à l'égalité de traitement entre hommes et femmes? .....
	[Yellow box]
	Si oui, laquelle (par exemple annexe P6 "déclaration sur l'honneur" du Guide Romand des marchés publics)? .....
	[Light blue box]
<b>15</b>	Avez-vous déjà demandé à des soumissionnaires des preuves en matière de respect des dispositions relatives à l'égalité de traitement entre hommes et femmes? .....
	[Yellow box]
	Si oui, quelle méthode de contrôle avez-vous employée, par exemple attestation suite au contrôle effectué par la méthode LOGIB recommandée par la Confédération ( <a href="http://www.logib.ch">www.logib.ch</a> )? .....
	[Light blue box]

**ANNEXE 3**

*Questionnaire sur l'organisation des marchés publics dans votre service/entité*

<b>Sous-traitance</b>		
16	Avez-vous déjà lancé des appels d'offres admettant la sous-traitance ? .....	<input type="text"/>
	Si oui, avez-vous procédé à des contrôles spécifiques pour vérifier les dispositifs relatives à la protection des travailleur-euse-s, aux conditions de travail ainsi qu'à l'égalité de traitement entre hommes et femmes pour les sous-traitants? .....	<input type="text"/>
	Si oui, quels types de contrôles avez-vous effectués? .....	<input type="text"/>
<b>Autres critères d'exclusion</b>		
17	Procédez-vous au contrôle des autres critères de recevabilité des offres mentionnés dans la liste des motifs d'exclusion selon l'art. 32 RLMP-VD (autres que ceux mentionnés aux points 7 à 15) ? .....	<input type="text"/>
	Si oui, quels sont les critères contrôlés et comment? .....	<input type="text"/>
<b>Exclusion d'offres pour cause de non-conformité</b>		
18	Avez-vous déjà exclu des soumissionnaires pour des motifs mentionnés à l'art. 32 RLMP-VD? .....	<input type="text"/>
	Si oui, pour quel(s) motif(s)? .....	<input type="text"/>
<b>Critères d'adjudication et leur pondération (art. 37 RLMP-VD)</b>		
19	Utilisez-vous les formulaires de barèmes de pondération des critères du DINF relatifs aux marchés publics de la construction, des services et des fournitures (en procédure ouverte ou sélective)? .....	<input type="text"/>
20	Utilisez-vous les formulaires Développement durable du DINF...	
	...de contribution à la composante sociale du développement durable (Fiche 42)? .....	<input type="text"/>
	...de contribution à la composante environnementale du développement durable (Fiche 44)? .....	<input type="text"/>

**ANNEXE 3**

*Questionnaire sur l'organisation des marchés publics dans votre service/entité*

<b>Types de marchés et de procédures traités</b>	
<p><b>21</b> Avez-vous déjà appliqué la procédure de gré à gré pour un marché dont le montant dépasse le seuil de la procédure ouverte (ou sélective), selon les clauses d'exception de l'art. 8 al.1 RLMP-VD?</p>	<p>..... <input style="background-color: yellow;" type="text"/></p> <p>Si oui:</p> <p>...avez-vous publié l'avis d'adjudication (FAO et www.simap.ch)? ..... <input style="background-color: yellow;" type="text"/></p> <p>...avez-vous réalisé un rapport de justification? ..... <input style="background-color: yellow;" type="text"/></p> <p>...si oui, pouvez-vous nous fournir un ou plusieurs exemples? <span style="background-color: pink; color: black; padding: 2px;">Copies à annexer au questionnaire</span></p>
<p><b>22</b> Avez-vous été confronté-e à des marchés répétitifs de même nature (par exemple: recours à mandataire externe, achats de biens ou services)</p>	<p>..... <input style="background-color: yellow;" type="text"/></p> <p>Si oui, comment avez-vous estimé la valeur du marché ? ..... <input style="background-color: cyan;" type="text"/></p>
<b>Recours</b>	
<p><b>23</b> Les décisions d'adjudications de marchés publics de votre service ont-elles déjà fait l'objet d'un recours depuis la dernière révision du RLMP-VD (septembre 2004)?</p>	<p>..... <input style="background-color: yellow;" type="text"/></p> <p>Si oui:</p> <p>.....quel est le nombre de recours déposés? ..... <input style="background-color: cyan;" type="text"/></p> <p>.....combien en avez-vous gagnés? ..... <input style="background-color: cyan;" type="text"/></p>
<b>Marchés publics des entités subventionnées par votre service</b>	
<p><b>24</b> Pour les entités que votre service subventionne, vérifiez-vous qu'elles se conforment à la législation sur les marchés publics?</p>	<p>..... <input style="background-color: yellow;" type="text"/></p> <p>Si oui (ou parfois) comment effectuez-vous cette vérification ? ..... <input style="background-color: cyan;" type="text"/></p>

### ANNEXE 3

*Questionnaire sur l'organisation des marchés publics dans votre service/entité*

<b>Interdiction de négocier les prix</b>	
25	La législation sur les marchés publics cantonaux interdit de négocier les prix en procédure ouverte, sélective et sur invitation (art. 35 RLMP-VD). En fonction de votre expérience, estimez-vous que vous auriez pu obtenir des conditions plus favorables pour certains marchés si cette disposition légale n'existait pas?
26	Quels sont, selon votre expérience, les avantages et inconvénients de cette interdiction de négocier les prix pour des marchés en procédures ouvertes, sélectives et sur invitation (art. 35 RLMP-VD)?
<b>Votre appréciation sur les structures, supports et formations internes à l'Etat pour vous aider à réaliser vos marchés publics</b>	
27	Estimez-vous que les offres de formation proposées par l'Etat en matière de marchés publics sont suffisantes pour vos besoins?  Si non, quels sont vos besoins en formation supplémentaire? .....
28	Etes-vous globalement satisfait-e des supports et outils suivants pour vous aider à réaliser vos marchés publics:
	Le Guide romand des marchés publics? .....
	Si non, pourquoi? .....
	La plate-forme internet simap? .....
	Si non, pourquoi? .....
	Le site internet "marchés publics" de l'Etat de Vaud ? .....
	Si non, pourquoi? .....
29	A votre avis, le système actuel d'organisation des marchés publics à l'Etat de Vaud permet-il de réaliser les procédures de marchés publics de manière efficiente et conforme à la législation?  Si non, afin de garantir l'efficience et la conformité des procédures de marchés publics:
	...quelle forme d'organisation serait la plus adaptée? .....
	...quelles structure supplémentaire serait nécessaire? .....
<b>Un grand merci pour votre participation !</b>	