

Office fédéral des constructions et de la  
logistique  
Secrétariat de la Commission des achats  
de la Confédération  
Holzikofenweg 36  
3003 Berne

Lausanne, le 14 novembre 2008

## Réponse à la consultation concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics

Mesdames, Messieurs,

Dans le cadre de la consultation visée en marge, nous vous informons que nous nous rallions intégralement à la prise de position adoptée à l'unanimité par la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) lors de son assemblée générale du 18 septembre 2008, prise de position qui est également expressément soutenue par la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des finances (CDF).

Nous rejetons en conséquence le projet de révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics mis en consultation, au profit d'une meilleure harmonisation par le biais de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP).

La révision proposée par la Confédération n'est guère explicite sur l'assujettissement ou non des banques cantonales. La casuistique qu'elle évoque dans les commentaires des articles 3 (champ d'application), 4 (adjudicateurs) et 5 (exemption du droit des marchés publics) ne permet pas, selon nous et en l'état, d'inférer que notre banque cantonale (BCV) ne sera pas assujettie. Un tel assujettissement serait à la fois problématique et contre-productif en regard du but que lui assigne l'article 4 de la Loi organisant la banque cantonale vaudoise (LBCV / RSV 951.01).

Le Conseil d'Etat demande dès lors que soit garantie la situation qui prévaut actuellement pour la BCV selon le droit vaudois, à savoir son non assujettissement à la législation sur les marchés publics, partant de l'idée que les autres cantons sont confrontés exactement à la même problématique.

Au surplus, nous vous faisons part des remarques complémentaires suivantes, non exhaustives :

De nombreuses dispositions de l'avant-projet sont imprécises ou manquent de clarté, ouvrant la voie à des difficultés d'interprétation ou de délimitation entre compétences fédérales et cantonales (notamment les articles. 3, 4, 5, 6, 11, 35, 40, 50).

L'assouplissement des règles d'adjudication (art. 37, 38, 46 à 48) présente le danger de provoquer un accroissement du nombre de recours adressés à l'autorité judiciaire. La tendance à rendre la procédure plus informelle et à étendre les pouvoirs de l'adjudicateur risque de transformer le juge des marchés publics en autorité supérieure d'adjudication, ce qui n'est pas sa vocation.

Article 25 (absence de preuve du respect des exigences légales) : la pratique actuelle du Canton de Vaud d'exiger de tous les soumissionnaires - y compris ceux ayant leur siège ou leur filiale dans un autre canton - le respect des conventions collectives de travail ayant force obligatoire sur le territoire vaudois, est approuvée par le Département fédéral de l'économie (SECO - Direction du travail) mais contestée par la COMCO. Cette dernière a été interpellée en 2005 mais ne s'est pas encore déterminée à ce jour. Il serait souhaitable que le conflit d'interprétation entre ces deux entités fédérales soit résolu rapidement.

Articles 30 et suivants (critères d'évaluation) : si la dimension écologique du développement durable est prise en compte de manière satisfaisante dans l'avant-projet (tant au niveau des critères de qualification que des critères d'adjudication), il n'en va pas de même pour sa dimension sociale. La volonté de prendre en compte cette dernière est en effet exprimée à plusieurs reprises dans le projet de révision, mais de façon contradictoire.

Article 37 (rectification des offres) : hormis le cas d'erreurs de plume ou de fautes de calcul, la rectification des offres n'a jamais été admise jusqu'ici par la jurisprudence, compte tenu du principe de l'immutabilité de l'offre.

Article 38 (modification des exigences relatives à la prestation et des critères d'évaluation) : on peut craindre que les adjudicateurs utilisent largement cette faculté, en violation du principe de l'immutabilité de l'appel d'offre, avec tous les risques que cela représente sous l'angle de l'égalité de traitement entre soumissionnaires.

Article 39 al. 5 (adjudication) : La prise en compte des efforts de formation devrait faire partie des critères non monétaires, avec une pondération secondaire.

Articles 46 (dialogue) et 47 (négociation) : les nouveautés introduites par ces articles - non contraignantes pour les cantons - sont problématiques car elles concèdent une plus grande marge de manoeuvre à l'adjudicateur et affranchissent celui-ci du formalisme qui imprègne le droit actuel, ouvrant du même coup la porte à des risques d'irrégularités de la procédure.

Article 48 (enchère électronique) : cette nouveauté - non contraignante pour les cantons - est un instrument dont la mise en oeuvre entraîne l'édiction de normes complexes, afin d'assurer la parfaite transparence et régularité de la procédure.

Article 72 al. 3 lit. a (autorité de recours) : changement de dénomination : le Tribunal administratif du Canton de Vaud a été intégré au Tribunal cantonal le 1er janvier 2008 et s'appelle désormais la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

Art. 82 et suivants (surveillance, coordination et statistique) : l'avant-projet ne prévoit pas de sanctions en cas de violation de la loi.

Nous vous prions de croire, Mesdames, Messieurs, à l'expression de nos sentiments distingués.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LE PRESIDENT



Pascal Broulis

LE CHANCELIER



Vincent Grandjean