

RÉPONSE DU CONSEIL D'ETAT

à l'interpellation Jean Guignard et consorts concernant les marchés publics et entreprises générales

Rappel de l'interpellation

Lors de récentes discussions d'EMPD concernant des constructions importantes, le sujet cité en titre est souvent évoqué. Il est clair que ce n'est pas au moment de l'examen d'un EMPD spécifique que l'on peut discuter de ce sujet général. C'est pourquoi cette interpellation vient poser les questions d'ordre général au Conseil d'Etat.

La loi sur les marchés publics oblige les entités publiques (Etat, Communes, fondations, etc...) à ouvrir leurs soumissions aux marchés publics dès une certaine somme d'investissement. Nous ne remettons pas forcément en cause ces critères. En revanche, l'appel à des entreprises générales suscite souvent des réactions parmi les PME régionales, qui se sentent d'emblée exclues des éventuelles adjudications.

Il est clair que le marché de la construction évolue à vitesse grand V et que les pratiques ancestrales d'adjudication aux entreprises régionales ne peuvent plus toujours être réalisées.

L'entreprise générale soumissionne à un certain montant, en accordant des rabais de façon à emporter le marché, puis "se débrouille" pour honorer son contrat, quitte à ce que les sous-traitants ne soient plus en mesure de dégager des bénéfices pour leur propre entreprise. En principe, le maître d'oeuvre n'a donc plus à s'occuper de la réalisation.

Une fois le marché emporté, l'entreprise générale adjuge à des mandataires sous-traitants les parties de construction dont elle n'est pas spécialiste, sans appel d'offre, mais avec des entreprises avec lesquelles elle a l'habitude de travailler, sans toutefois que cela soit une garantie de qualité.

Ces pratiques permettent hélas quelques dérives, notamment dans le paiement régulier des arrhes, le manque de contrôle dans le respect des conventions collectives, la priorité aux entreprises formatrices, le paiement des prestations sociales et les conditions de logement pour les ouvriers dormant sur le site.

Forts de ces renseignements, les soussignés posent les questions suivantes au Conseil d'Etat :

QUESTIONS :

1) La pratique de l'entreprise générale est-elle devenue une habitude des services de l'Etat ? Il est vrai que c'est plus simple pour les responsables, mais ça n'empêche pas le contrôle.

2) En cas d'adjudication à une entreprise générale, sur quels critères le Conseil d'Etat et ses services s'assurent-ils du respect des principes recherchés par la législation sur les marchés publics (qualité, traitements, conditions de travail, etc.).

3) Les PME vaudoises, qui représentent un tissu économique important, ainsi qu'une technologie de pointe et des lieux de formation duale extraordinaire, ont-elles encore leur chance parmi ces géants de

Réponse du Conseil d'Etat

Préambule :

La législation sur les marchés publics poursuit notamment les objectifs suivants : concurrence efficace, égalité de traitement, impartialité de l'adjudication, transparence des procédures de passation des marchés et utilisation parcimonieuse des deniers publics (article 1er alinéa 3 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP) et article 3 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD). Parmi les principes qui doivent être respectés lors de la passation de marchés publics figurent, entre autres, l'adjudication au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la non-discrimination entre les soumissionnaires, le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes (art. 11 et 13 lit. f AIMP, art. 6 LMP-VD).

L'interpellation de Monsieur le député Jean Guignard et consorts porte sur la problématique de l'attribution de marchés publics à des entreprises générales plutôt qu'à des PME régionales. Avant d'aborder les questions posées dans ladite interpellation, il convient de rappeler la définition du contrat d'entreprise générale : il s'agit d'un contrat par lequel une partie (l'entrepreneur général) s'engage à l'égard du maître d'ouvrage à réaliser la totalité d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage. Dans ce type de contrat, le maître d'ouvrage n'a de contrat qu'avec l'entrepreneur général. Ce dernier se charge de la réalisation de l'ouvrage, personnellement ou avec l'aide de fournisseurs et sous-traitants qu'il engagera en son nom et pour son compte. Le contrat d'entreprise générale doit être distingué du contrat d'entreprise totale, dans lequel l'entrepreneur se charge non seulement de la réalisation de l'ouvrage, mais également de l'établissement des projets et des plans, assumant ainsi à la fois les tâches des (co-)entrepreneurs ou de l'entrepreneur général et celles des mandataires. Le contrat d'entreprise générale doit également être distingué du contrat d'architecte/d'ingénieur, dans lequel le mandataire se limite à conseiller le maître d'ouvrage et à le représenter.

Réponses aux questions :

1) La pratique de l'entreprise générale est-elle devenue une habitude des services de l'Etat ? Il est vrai que c'est plus simple pour les responsables, mais ça n'empêche pas le contrôle.

A l'intérieur du cadre législatif mentionné dans le préambule ci-dessus, les autorités adjudicatrices disposent d'une grande liberté pour configurer le marché mis en soumission comme elles l'entendent, en fonction de leurs besoins. L'appel d'offres et les documents y relatifs doivent cependant être adaptés aux nécessités du marché et ne pas être aménagés dans le but de favoriser un ou plusieurs soumissionnaires (par exemple des soumissionnaires locaux), sous peine de violer les règles de la concurrence.

Concrètement, il ressort de l'enquête réalisée auprès des principaux services constructeurs de l'Etat de Vaud qu'il n'existe pas de pratique régulière d'attribution de marchés de construction à des entreprises générales (ou totales). Au contraire, la pratique de ces services correspond aux souhaits de l'auteur de l'interpellation puisqu'elle privilégie - même pour des projets de construction importants - l'attribution de marchés aux différents corps de métier (l'appel d'offres pouvant au demeurant autoriser ces derniers à sous-traiter une partie des travaux). Cette pratique s'explique notamment par le fait que les services constructeurs de l'Etat de Vaud, qui disposent d'un effectif qualifié (architectes, ingénieurs, etc.), préfèrent en règle générale faire appel à des mandataires pour encadrer les différents corps de métier présents sur les chantiers plutôt que de confier l'ensemble de l'exécution à une entreprise générale qui requiert la définition extrêmement précise du cahier des charges et du contrat. Il a en effet été constaté que le recours à une entreprise générale pouvait être source de difficultés lors de grands chantiers, notamment en cas de modifications de projets en cours de travaux (restriction de la liberté du maître

d'ouvrage). Par ailleurs, il est indispensable de contrôler et vérifier la conformité des prestations fournies par l'entreprise générale, ce qui nécessite l'attribution d'un mandat supplémentaire. S'agissant des marchés attribués par le service des routes, la situation est quelque peu différente puisque, compte tenu de la particularité des travaux à réaliser et de la nécessité de limiter le nombre d'intervenants sur les grands chantiers, il est usuel de regrouper les marchés et de laisser aux soumissionnaires le choix entre sous-traiter les travaux qu'ils ne peuvent réaliser eux-mêmes ou s'associer avec d'autres entreprises pour déposer une offre commune (consortium de construction).

2) *En cas d'adjudication à une entreprise générale, sur quels critères le Conseil d'Etat et ses services s'assurent-ils du respect des principes recherchés par la législation sur les marchés publics (qualité, traitements, conditions de travail, etc.).*

Le règlement d'application de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD) prévoit que lorsque le soumissionnaire fait appel à des sous-traitants, il a l'obligation d'indiquer dans son offre la nature et l'importance des travaux ou services qui seront sous-traités, le nom et le siège des participants à l'exécution du marché ainsi que la preuve de l'aptitude des participants à l'exécution du marché. Quant à l'adjudicateur, il doit, dans ce cas de figure, non seulement s'assurer que le soumissionnaire respecte les dispositions applicables relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes, mais également exiger qu'il garantisse par contrat que ses sous-traitants respectent ces mêmes prescriptions (art. 6 al. 1er et 2 RLMP-VD). Les adjudicateurs peuvent contrôler, ou faire contrôler, le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et à l'égalité de traitement des hommes et femmes. Sur demande de l'adjudicateur, les soumissionnaires doivent ainsi démontrer qu'ils respectent ces dispositions. Certains contrôles peuvent être délégués par le Conseil d'Etat aux associations professionnelles intéressées. Les organes paritaires institués par les conventions collectives pour veiller au respect de leur application peuvent par ailleurs être chargés, par les adjudicateurs, de contrôler l'application des dispositions relatives aux conditions de travail (art. 6 al. 4 et art. 44 RLMP-VD). En cas de violation, intentionnelle ou par négligence, des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, l'adjudicateur peut, selon la gravité de la violation et le moment auquel elle est constatée, prononcer un avertissement à l'encontre du soumissionnaire, exclure son offre ou révoquer l'adjudication si celle-ci a déjà eu lieu. Par ailleurs, le Département des infrastructures peut également, sur dénonciation, 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 (art. 14a LMP-VD, art. 32 al. 1er lit. c et art. 40 RLMP-VD).

La pratique générale des services constructeurs de l'Etat peut être brièvement résumée comme suit : tous les documents d'appel d'offres comportent la clause suivante (avec des différences de forme d'un service à l'autre) : "*L'entreprise s'engage, par sa signature, à respecter les conventions collectives de travail (CCT) et les contrats types de travail (CTT) de la branche concernée ou, à défaut, les conditions de travail usuelles de la branche. Elle confirme être à jour avec le paiement des charges sociales et impôts. Elle s'engage à ne travailler qu'avec des sous-traitants qui respectent les conditions décrites ci-dessus*". Dans le cadre du contrôle des offres déposées par les soumissionnaires, les services adjudicateurs s'assurent que ces derniers et leurs sous-traitants respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail. Pour ce faire, ils adressent les procès-verbaux d'ouverture des offres à la Fédération vaudoise des entrepreneurs et au Syndicat UNIA, qui ont pour tâche de vérifier que les entreprises concernées se conforment aux dispositions précitées. Enfin, le "Contrôle des chantiers de la construction dans le canton de Vaud" - organisme créé par le biais d'une convention quadripartite réunissant des représentants de l'Etat de Vaud, des associations patronales et syndicales ainsi que de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents - se charge, comme son nom l'indique, de contrôler l'application des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail sur les chantiers.

Il est également utile de relever que la législation sur les marchés publics contient un

mécanisme susceptible d'empêcher les soumissionnaires de faire de la sous-enchère dans l'espoir d'obtenir le marché. En effet, lorsqu'une offre comporte des prix anormalement bas par rapport à la prestation offerte, elle peut être exclue. L'adjudicateur doit toutefois, avant de pouvoir exclure l'offre, demander par écrit les précisions qu'il juge opportunes sur la composition de celle-ci. Ces précisions peuvent concerner notamment le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (art. 32 lit. 1 et 36 RLMP-VD).

Par ailleurs, le Département des infrastructures (DINF) a établi deux barèmes de pondération des critères de base, l'un pour les travaux de construction, l'autre pour les prestations de services. Ces barèmes comprennent notamment des sous-critères relatifs à la contribution de l'entreprise à la composante sociale et environnementale du développement durable. Le sous-critère relatif à la composante sociale permet ainsi au pouvoir adjudicateur de prendre en compte les mesures ou actions appliquées par les soumissionnaires en matière de cadre de travail des collaborateurs, de finances (fonds de placements, prévoyance sociale, participation aux résultats, etc.), d'organisation du temps de travail, de santé et de sécurité au travail, de facilités offertes aux collaborateurs, d'égalité des chances (promotion interne, égalité hommes/femmes, handicapés, personnes en réinsertion, etc.), de management (actionnariat, partage des responsabilités, relève, etc.), d'information et communication internes ainsi que de formation continue. Les départements sont vivement encouragés, notamment par le biais de séances d'information, à utiliser de tels barèmes pour leurs marchés publics.

Enfin, en ce qui concerne la problématique de la prise en compte des entreprises formatrices dans le cadre de l'attribution des marchés publics, il convient de rappeler que l'engagement du soumissionnaire en faveur de la formation professionnelle est, depuis le 1er janvier 2007, un critère d'adjudication complémentaire (art. 37 al. 2 RLMP-VD). Concrètement, le critère de la formation des apprentis est, lui aussi, compris dans les barèmes de pondération des critères de base précités

3) Les PME vaudoises, qui représentent un tissu économique important, ainsi qu'une technologie de pointe et des lieux de formation duale extraordinaire, ont-elles encore leur chance parmi ces géants de la construction ?

Comme mentionné dans la réponse à la première question, la pratique actuelle de l'Etat de Vaud est de privilégier l'attribution de marchés aux différents corps de métiers appelés à intervenir sur un chantier. Cette pratique est indéniablement favorable aux PME (vaudoises ou extérieures au canton).

Pour certains types de chantiers, une PME intéressée à soumissionner mais n'ayant pas les compétences pour réaliser tous les travaux demandés peut également décider de s'associer avec d'autres entreprises pour adresser une offre commune (consortium de construction), à moins que la constitution de consortium ne soit expressément exclue dans l'appel d'offres.

De manière générale, en considérant aussi bien les marchés publics que privés, les PME régionales conserveront toujours une chance de pouvoir participer à de grands chantiers, que ce soit en tant qu'adjudicataire direct, associé d'un consortium ou sous-traitant d'une entreprise générale.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 25 juin 2008.

Le président :

P. Broulis

Le chancelier :

V. Grandjean