

RÉPONSE DU CONSEIL D'ETAT

à l'interpellation Jean Tschopp : Quelle maîtrise face à la sous-traitance dans l'attribution des marchés publics ?

Rappel

L'agrandissement en cours de l'établissement pénitentiaire de La Croisée pour pallier rapidement la surpopulation carcérale soulève la question des conditions dans lesquelles s'exerce la sous-traitance dans l'attribution des marchés publics.

Les marchés publics englobent chaque contrat entre un pouvoir public ou privé, assujetti au droit des marchés publics, avec un soumissionnaire privé, portant sur l'acquisition de constructions, de fournitures ou de services, moyennant une rétribution financière.[1]

[1] ATF 125 I 209.

Les collectivités publiques (Confédération, cantons et communes) font partie des principales entités adjudicatrices en Suisse. Chaque année, elles dépensent 40 milliards de francs en commandes de toute sorte.

L'Etat de Vaud intervient comme un acteur de premier plan dans l'attribution des marchés publics. L'atteinte des valeurs seuils sur le marché suisse, communautaire, ou international[2], soumet l'Etat de Vaud au respect de critères d'attribution détaillés par la loi vaudoise sur les marchés publics (LMP-VD) et par l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP).

[2] Voir les valeurs seuils pour les années 2012/2013 édictées par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics.

Parmi ces critères, l'égalité de traitement de chaque soumissionnaire, la protection des travailleurs et de leurs conditions de travail, l'égalité de traitement entre femmes et hommes, le respect des principes du développement durable et la transparence de la procédure occupent toute leur place (article 6, alinéa 1, LMP-VD). Le non-respect de ces critères engage la responsabilité de l'Etat de Vaud et l'expose à des recours (articles 10 et suivants, LMP-VD).

Lors de sous-traitance, l'entreprise étrangère détachant ses travailleurs en Suisse pour une période limitée est soumise au principe de responsabilité solidaire en cas de non-respect des conditions de travail ou salariales.[3] Ce principe de responsabilité solidaire ne s'applique toutefois pas aux entreprises sous-traitantes ayant leur siège en Suisse.

[3] Loi fédérale sur les travailleurs détachés (LDét), article 1, alinéa 1, articles 2 et 5.

La sous-traitance complique sensiblement la tâche de l'Etat de Vaud chargé de s'assurer du respect des critères d'attributions des marchés publics. Ce mécanisme permet aux entreprises adjudicatrices de céder tout ou partie de leurs mandats à des sous-traitants, échappant ainsi au contrôle du respect des critères d'attribution.

Si le marché de la construction, en particulier dans le domaine du coffrage et du ferrailage, fait souvent apparaître des cas de sous-traitance (parfois en chaîne), une tendance lourde étend désormais la sous-traitance à des pans entiers de l'économie. Par ailleurs, les marchés publics ouverts aux soumissionnaires internationaux compliquent encore le contrôle des critères d'attribution auprès d'entreprises étrangères.

Les principes de la nouvelle gestion publique appliqués au domaine de l'attribution des marchés publics ont sans doute permis de combattre la corruption. Néanmoins, le recours trop fréquent à la sous-traitance nuit au respect des critères socioéconomiques et environnementaux dans l'attribution des marchés publics. Au final, ce mécanisme incite à la sous-enchère salariale au détriment des travailleurs et détourne la loi sur les marchés publics de son sens initial.

Par la présente interpellation, le député soussigné pose les questions suivantes au Conseil d'Etat :

1) a) L'entreprise adjudicataire est-elle tenue d'annoncer l'intervention d'une entreprise sous-traitante au moment de l'attribution du marché public ?

b) Si oui, les critères d'attribution du marché public doivent-ils être respectés par l'entreprise sous-traitante ?

2) L'attribution des marchés publics est-elle soumise à une clause contractuelle de responsabilité solidaire de l'entreprise adjudicataire en cas de non-respect des conditions de travail et de salaire par l'entreprise sous-traitante ?

3) Comment le Conseil d'Etat veille-t-il à une application cohérente et uniforme des critères d'attribution des marchés publics au sein des différents services de l'administration cantonale ?

Réponse du Conseil d'Etat au Grand Conseil

1a) L'entreprise adjudicataire est-elle tenue d'annoncer l'intervention d'une entreprise sous-traitante au moment de l'attribution du marché public ?

Oui. En règle générale, le pouvoir adjudicateur indique lors de la publication de l'avis d'appel d'offres, s'il autorise ou non le recours à la sous-traitance pour l'exécution du marché visé. En cas d'acceptation de la sous-traitance, le soumissionnaire dépose, avec son offre, une liste des sous-traitants potentiels auxquels il entend recourir dans le cadre de l'exécution du marché. Il appartient ensuite à l'adjudicateur d'approuver ou non les sous-traitants proposés. Lorsqu'il n'est plus possible de recourir à l'un des sous-traitants annoncés lors du dépôt de l'offre durant l'exécution du marché, un nouveau sous-traitant est proposé à l'adjudicateur pour approbation.

En 2005 déjà, le Département des infrastructures, qui regroupait les principaux services constructeurs de l'Etat (Service des routes et Service Immeubles, patrimoine et logistique), ainsi que la Direction des constructions, ingénierie, technique et sécurité du CHUV (CHUV-CIT), ont instauré avec le syndicat Unia et la Fédération vaudoise des entrepreneurs, une procédure de contrôle des soumissionnaires participant à des appels d'offres lancés par le département et le CHUV. Cette procédure constitue une aide pour les services adjudicateurs dans leur tâche de contrôle des offres sous l'angle du respect des conditions de travail en application de l'article 6 du Règlement du 7 juillet 2004 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD, RSV 726.01.1). Elle favorise l'adjudication de marchés à des entreprises respectueuses des prescriptions en matière de conditions de travail.

Au début de l'année 2010, le Département des infrastructures a étendu cette procédure de contrôle aux sous-traitants proposés par un soumissionnaire dans le but de lutter efficacement contre le travail au noir et les effets néfastes de la sous-traitance en cascade.

La procédure de contrôle se déroule comme suit:

1. Les documents d'appel d'offres renferment l'obligation pour le soumissionnaire d'annoncer tous ses sous-traitants (mêmes potentiels) lors du dépôt de son offre au moyen d'un tableau.

2. Une fois l'offre déposée, le pouvoir adjudicateur transmet le procès-verbal d'ouverture des offres ainsi que le tableau des sous-traitants proposés au syndicat Unia et à la Fédération vaudoise des entrepreneurs (éventuellement directement à la Commission paritaire) pour contrôle et épuration.
3. Lorsque le contrôle révèle qu'un sous-traitant n'est pas conforme, l'adjudicateur en est informé et avise le soumissionnaire que le sous-traitant est refusé.
4. L'adjudication intervient en toute connaissance de cause pour le pouvoir adjudicateur qui connaît le nom des sous-traitants conformes.
5. A l'ouverture du chantier, l'adjudicataire a l'obligation de déclarer au maître de l'ouvrage les sous-traitants qu'il a choisis.
6. L'adjudicateur peut alors, selon les cas, faire intervenir les contrôleurs de chantier.
7. En cas de condamnation fondée sur l'article 13 de la loi fédérale sur le travail au noir, une exclusion des marchés publics pourra, suivant l'importance de la peine pénale, être prononcée à l'encontre du sous-traitant.

Cette procédure de contrôle peut être suivie et appliquée par n'importe quel pouvoir adjudicateur et pas seulement ceux de l'administration cantonale. Un rappel à ce sujet est paru dans le périodique canton-communes au mois de septembre 2012.

Récemment, le Conseil d'Etat a adopté une modification du RLMP-VD qui oblige notamment les soumissionnaires à spécifier clairement dans leur offre, le type, l'objet et l'importance des prestations sous-traitées. Les nouvelles dispositions réglementaires imposent non seulement aux soumissionnaires l'obligation de mettre en place des systèmes de contrôle efficaces de leurs sous-traitants pour s'assurer que ceux-ci respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail et de salaire, mais aussi le fardeau de la preuve du respect de ces dispositions par leurs sous-traitants sous peine de sanction. Désormais, les soumissionnaires seront rendus attentifs dès le début de la procédure de soumission aux exigences applicables en matière de sous-traitance, notamment aux contrôles qui devront être effectués. Afin de renforcer davantage le système, les adjudicateurs pourront désormais insérer des peines conventionnelles dans les contrats qu'ils concluent avec les adjudicataires pour assurer le respect des conditions de travail et de salaire. Enfin, alors que dans sa teneur actuelle, le règlement sur les marchés publics permet à un pouvoir adjudicateur de questionner les soumissionnaires au sujet de leur aptitude et de leur offre, ce droit d'information sera étendu à l'avenir aux sous-traitants des soumissionnaires.

1b) Si oui, les critères d'attribution du marché public doivent-ils être respectés par l'entreprise sous-traitante ?

En application de l'article 6, alinéa 2, lettre b, RLMP-VD, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2004, les soumissionnaires doivent garantir par contrat que les sous-traitants respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

De plus, les principaux services constructeurs de l'Etat (Service des routes, SIPAL, CHUV-CIT) exigent dans leurs documents d'appel d'offres que le soumissionnaire s'engage sur l'honneur, lors du dépôt de son offre, à vérifier que ses sous-traitants respectent les conditions de travail et de salaire applicables (par exemple en présence d'une convention collective de travail ou d'un contrat-type de travail), qu'ils soient à jour concernant le paiement de leurs cotisations sociales et de leurs impôts, qu'ils respectent les prescriptions fédérales et cantonales de la législation sur la protection de l'environnement, ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

Suite à l'adoption récente par le Conseil d'Etat de dispositions nouvelles dans le RLMP-VD, les soumissionnaires doivent non seulement garantir par contrat que les sous-traitants respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail et de salaire, mais

également effectuer des contrôles à cet effet et être sanctionnés en cas de non-respect de ces dispositions par leurs sous-traitants.

2) L'attribution des marchés publics est-elle soumise à une clause contractuelle de responsabilité solidaire de l'entreprise adjudicataire en cas de non-respect des conditions de travail et de salaire par l'entreprise sous-traitante ?

Une telle clause contractuelle n'est pas nécessaire dans la mesure où la modification du 14 décembre 2012 de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (Loi sur les travailleurs détachés, LDét, RS 823.20), qui est entrée en vigueur le 15 juillet 2013, a renforcé le régime de la responsabilité solidaire au niveau suisse. Cette responsabilité solidaire existe depuis lors indépendamment de l'insertion d'une disposition à cet effet dans les contrats conclus par l'adjudicateur.

3) Comment le Conseil d'Etat veille-t-il à une application cohérente et uniforme des critères d'attribution des marchés publics au sein des différents services de l'administration cantonale ?

Le Conseil d'Etat a adopté une directive interne à l'administration cantonale en matière de marchés publics. Cette directive impose à tous les services adjudicateurs de l'Etat l'utilisation de critères d'attribution identiques mais aussi des barèmes de notation et de pondération en fonction des types de marchés à adjuger (travaux, services, fournitures). Ces barèmes de notation et de pondération sont disponibles sur le site internet de l'Etat de Vaud et peuvent dès lors être utilisés tant par des communes que par d'autres pouvoirs adjudicateurs externes à l'administration.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 18 décembre 2013.

Le président :

P.-Y. Maillard

Le chancelier :

V. Grandjean