

RÉPONSE DU CONSEIL D'ETAT

à l'interpellation Dominique Bonny : Marchés publics – valoriser la formation et la relève au sein des entreprises soumissionnaires

Rappel de l'interpellation

Nul ne conteste l'importance de la formation professionnelle dans notre pays, garantie d'un faible taux de chômage, et le manque récurrent de places d'apprentissage. Les collectivités publiques ont un rôle à jouer dans ce cadre et elles doivent tout mettre en œuvre pour encourager les entreprises formatrices. Cela doit notamment être le cas dans les procédures d'attribution des marchés publics. Le canton de Vaud a déjà pris conscience de l'importance de l'enjeu et a prévu, dans son règlement du 7 juillet 2004 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics, que la formation pouvait constituer un critère complémentaire d'adjudication (article 37 alinéa 2 RLMP-VD). Il s'agit donc d'une condition secondaire, de sorte que les adjudicateurs peuvent l'écartier purement et simplement des critères figurant dans leurs offres, ce qui arrive malheureusement fréquemment en pratique.

Cependant, la Confédération est allée plus loin. En effet, le Conseil fédéral a récemment mis en consultation un avant-projet de révision de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP) qui fait suite à une initiative parlementaire déposée le 20 juin 2003 par le conseiller national Ruedi Lustenberger (03.445) demandant à ce que la formation des personnes en formation professionnelle initiale (apprentis) constitue un critère pour l'adjudication des marchés publics fédéraux. Ce projet prévoit de modifier l'article 21 alinéa 1 LMP selon les termes suivants : " Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Celle-ci est évaluée en fonction de différents critères, notamment le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère écologique, la valeur technique et la formation de personnes en formation professionnelle initiale ". Autrement dit, la Confédération considère désormais la formation comme l'un des critères principaux dans le cadre des soumissions pour l'accession à ses marchés publics. Cela signifie qu'il doit figurer obligatoirement dans l'évaluation des offres.

Introduire dans le droit vaudois des marchés publics une disposition plus contraignante sur le modèle de la réglementation fédérale permettrait d'inciter les entreprises à former plus de jeunes et mettrait fin à une inégalité de traitement entre les entreprises formatrices et celles qui ne le sont pas.

Compte tenu de ce qui précède, la présente interpellation souhaite poser au Conseil d'Etat les questions suivantes :

- 1. Pourquoi le Conseil d'Etat n'applique-t-il pas dans tous les cas d'adjudication au niveau national ou international le critère de pondération " formation des apprentis " dans la grille d'évaluation ?*

2. *Quels sont les obstacles légaux ou conventionnels qui empêchent le Conseil d'Etat de s'inspirer dès maintenant du projet de la Confédération mentionné ?*
3. *S'il existe une marge de manœuvre, le Conseil d'Etat entend-il y recourir ?*

Réponse du Conseil d'Etat

En préambule, le Conseil d'Etat tient à rappeler que l'avant-projet de révision de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP) qui fait suite à l'initiative parlementaire déposée le 20 juin 2003 par le Conseiller national Ruedi Lustenberger (03.445), et sur lequel il a été consulté, tend à ajouter le critère de la formation de personnes en formation professionnelle initiale à la liste non exhaustive des critères d'adjudication à disposition des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 21, alinéa 1 LMP. Cette modification permet de renforcer le régime déjà en place dans l'ordonnance fédérale du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (RS 172.056.11 ; OMP), qui consiste, pour l'heure, à pouvoir départager deux offres équivalentes présentées par des soumissionnaires suisses sur la base de l'offre de places de formation qu'ils proposent.

En matière de marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose, selon la jurisprudence, d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, notamment pour ce qui a trait à l'évaluation des offres. Il est, de ce fait, libre de choisir les critères d'évaluation qu'il juge opportuns pour définir l'offre économiquement la plus avantageuse et lui adjuger le marché dans le cadre légal existant. Par conséquent, et contrairement au texte de l'interpellation, l'ajout du critère de la formation de personnes en formation professionnelle initiale à la liste des critères d'adjudication figurant dans la loi fédérale (cf. art. 21, alinéa 1, LMP), n'a pas pour effet de rendre obligatoire l'utilisation de ce critère dans les marchés publics fédéraux. Chaque adjudicateur fédéral demeure libre d'intégrer ou non ce critère dans un marché (national) donné.

Le Conseil fédéral a relevé le caractère potentiellement discriminatoire du critère de la formation de personnes en formation professionnelle initiale au niveau international dans son avis du 3 juillet 2013 relatif au rapport du 14 mai 2013 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (ci-après CER-N) portant sur l'initiative parlementaire Lustenberger.

Cette commission avait été favorable à l'utilisation du critère de la formation initiale également pour les marchés internationaux, car selon elle, encourager la formation de personnes en formation professionnelle initiale contribue à garantir la pérennité des entreprises.

Le Conseil d'Etat avait également signalé un intérêt pour une telle ouverture, dans le cadre de sa réponse du 13 mars 2013 à la consultation sur l'avant-projet de révision de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) en réponse à l'initiative parlementaire précitée. Il s'était dit intéressé à ce que les instances fédérales définissent une méthode d'évaluation et de notation destinée à départager les offres déposées par des soumissionnaires étrangers sous l'angle du critère en faveur de la formation professionnelle initiale, méthode qui pourrait alors être intégrée dans la législation cantonale. Une telle extension devrait en effet être initiée par les autorités fédérales. Or, celles-ci ont par la suite clairement rejeté cette idée. Ainsi, la Commission des marchés publics Confédération-cantons (ci-après CMCC) qui a notamment pour tâche de veiller à ce que les engagements en matière de marchés publics pris sur le plan international par la Suisse soient respectés et ce quel que soit l'échelon auquel ces marchés sont passés, partage le même avis[1]. Ce constat a conduit le Conseil fédéral à modifier la norme proposée par la majorité de la CER-N : en lieu et place d'ajouter la formation de personnes en formation professionnelle initiale à la liste des critères d'adjudication mentionnés à l'article 21, alinéa 1, LMP, le Conseil fédéral a proposé d'adopter un nouvel article 21, alinéa 1bis qui aurait la teneur suivante :

^{1bis}Le Conseil fédéral règle la formation des personnes en formation professionnelle initiale comme critère d'adjudication supplémentaire qui s'applique à tous les marchés. Sont exceptés les marchés pour lesquels les accords internationaux garantissent un accès non discriminatoire aux

soumissionnaires étrangers.

[1] Dans une recommandation, la CMCC est parvenue à la conclusion qu'une disposition légale comportant un tel critère serait incompatible avec les obligations de la Suisse relevant du droit international et, par conséquent, ne pourrait pas être appliquée aux marchés soumis aux accords internationaux (Source : avis du Conseil fédéral du 3 juillet 2013 précité, p. 4880).

Lors de son passage devant les Chambres fédérales en automne 2014, la proposition d'alinéa 1bis du Conseil fédéral n'a pas été retenue et l'article 21, alinéa 1 LMP a finalement été amendé pour respecter les exigences du droit international avant d'être adopté. Dans sa teneur finale, le nouvel alinéa dispose ainsi que : " Le marché est adjudgé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Celle-ci est évaluée en fonction de différents critères, notamment le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère écologique, la valeur technique et la formation de personnes en formation professionnelle initiale. Ce dernier critère ne peut être pris en considération que pour les marchés qui ne sont pas soumis à des accords internationaux ". Le délai référendaire relatif à cette modification s'est écoulé le 15 janvier 2015.

Le critère d'adjudication en faveur de la formation professionnelle et du perfectionnement professionnel existe depuis plusieurs années déjà en droit vaudois. Il s'inscrit dans le cadre plus général de la contribution d'une entreprise à la composante sociale du développement durable. Ainsi, le règlement du 8 octobre 1997 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLVMP) prévoyait déjà à son article 38 que l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée en fonction de différents critères au nombre desquels notamment l'engagement des entreprises en faveur de la formation et du perfectionnement professionnel. Par la suite, le nouveau règlement du 7 juillet 2004 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD) entré en vigueur le 1^{er} septembre 2004, a repris ce critère en le considérant comme un " critère complémentaire permettant de départager deux offres ex aequo ", à l'instar de ce que prévoit l'actuel article 27, alinéa 3 OMP[2].

[2] L'article 37, alinéa 4 RLMP-VD avait alors la teneur suivante : " L'engagement du soumissionnaire en faveur de la formation professionnelle et du perfectionnement professionnel, ainsi que la collaboration, par voie de sous-traitance, avec des jeunes entreprises pour une partie du marché, sont des critères complémentaires permettant de départager deux offres ex aequo". Le commentaire de cet article indique que : " L'engagement en faveur de la formation ne pouvait ainsi pas être utilisé comme un critère en soi, mais seulement comme critère complémentaire permettant de départager deux offres ex aequo ".

Ce règlement vaudois a fait l'objet d'une modification le 14 décembre 2006. Le but de cette dernière était de valoriser le critère en faveur de la formation professionnelle et du perfectionnement professionnel en ne le considérant plus seulement comme un critère destiné au seul partage d'offres jugées ex aequo[3] mais comme un critère complémentaire. A cette période le canton de Vaud enregistrait un déficit de places d'apprentissages. Selon les projections de l'époque, cette situation devait perdurer pendant quatre à cinq ans alors que seul un tiers des entreprises vaudoises offraient des places d'apprentissage. Cette modification constituait un signal fort aux entreprises du canton qui pouvaient ainsi prendre acte de l'importance accordée par l'Etat aux obligations sociales et de formation de la jeunesse qui incombent au secteur privé. En pratique, cette modification a entraîné l'apparition d'un nouveau sous-critère autonome destiné à promouvoir spécifiquement la formation d'apprentis sur la base du modèle tessinois qui prend en compte le nombre de personnes en apprentissage, décrit plus précisément ci-dessous – la formation professionnelle et le perfectionnement professionnel continuant d'être évalué dans le sous-critère de contribution du soumissionnaire à la composante sociale du développement durable. Il convenait toutefois de ne pas donner une trop grande

importance au sous-critère de la formation des apprentis pour ne pas aller à l'encontre de la jurisprudence existante en la matière, soit une pondération maximale de 5% sur l'ensemble des critères d'adjudication. Le Tribunal fédéral a en effet jugé qu'accorder un poids plus important à ce sous-critère n'était pas acceptable, celui-ci étant considéré comme étranger au marché, c'est-à-dire n'influant pas directement sur la qualité de la prestation fournie. Le groupe de travail à l'origine de la modification du 14 décembre 2006 s'est ensuite attelé à l'élaboration d'une méthode claire et précise pour évaluer et noter les soumissionnaires sur le sous-critère de la formation des apprentis. Cette méthode, inspirée de celle appliquée par le canton du Tessin, consiste à prendre en compte le nombre d'apprentis dans l'entreprise durant les cinq dernières années et à le mettre en rapport avec le nombre d'employés total de celle-ci. Elle prévoit un correctif pour les entreprises qui auraient vainement cherché des apprentis, afin d'éviter une pénalisation trop importante pour des causes conjoncturelles[4].

[3] *L'ancien alinéa 4 modifié de l'article 37 RLMP-VD est ainsi devenu l'actuel alinéa 2. L'article 37, alinéa 2 RLMP-VD prévoit depuis lors que : " L'engagement du soumissionnaire en faveur de la formation professionnelle et du perfectionnement professionnel, ainsi que la collaboration, par voie de sous-traitance, avec des jeunes entreprises pour une partie du marché sont des critères complémentaires "*.

[4] *Cf. le tableau d'évaluation du sous-critère " formation des apprentis " dans le canton de Vaud, disponible sur la page marchés publics du site internet de l'Etat de Vaud : <http://www.vd.ch/themes/economie/marches-publics/> : rubrique Directives et conditions > Evaluation des offres > Barème de notation des critères et des sous-critères.*

Par la suite, la méthode de notation et d'évaluation vaudoise a été reprise dans le Guide romand sur les marchés publics (annexe T 7).

Enfin, le projet de révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics dont la consultation s'est achevée le 19 décembre 2014, consacre le critère de la formation des apprentis tel qu'utilisé dans le canton de Vaud depuis 2006, en énonçant à son article 31, alinéa 2, que : " Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, l'adjudicateur peut prendre en compte à titre complémentaire la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation aux personnes en formation professionnelle initiale ".

1. *Pourquoi le Conseil d'Etat n'applique-t-il pas dans tous les cas d'adjudication au niveau national ou international le critère de pondération " formation des apprentis " dans la grille d'évaluation ?*

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 barèmes de notation et de pondération en fonction des types de marchés à adjuger (travaux, services, fournitures). Ces barèmes prévoient expressément le sous-critère de la formation des apprentis comme critère d'adjudication. Ce critère est dès lors utilisé dans les procédures de marchés publics organisées par les entités de l'ACV. En l'état, l'utilisation de ce critère se limite aux seuls marchés nationaux – i. e. les marchés qui ne sont pas ouverts à concurrence internationale – à l'instar de ce que prévoit désormais le droit fédéral. Or, les marchés nationaux représentent une grande partie des marchés lancés. Constituent de tels marchés, les marchés de fournitures et de services inférieurs au seuil international de 350'000 francs (H.T.) et les marchés de travaux inférieurs au seuil international de 8'700'000 francs (H. T.). Ce choix s'impose, comme déjà évoqué en préambule, en raison des accords internationaux signés par la Suisse en matière de marchés publics qui excluent l'utilisation de critères d'adjudication considérés comme étant potentiellement discriminatoires à l'égard de sociétés étrangères. Le critère de la formation des apprentis pourrait constituer un critère discriminatoire à l'encontre d'une entreprise française ou italienne si elle devait soumissionner pour un marché vaudois soumis aux accords internationaux. A cela s'ajoutent les difficultés pratiques que ne manqueraient pas de provoquer

l'évaluation et la comparaison d'offres déposées par des soumissionnaires étrangers connaissant chacun un système de formation propre pour le pouvoir adjudicateur.

En résumé, le Conseil d'Etat applique déjà le critère de la formation des apprentis dans ses marchés publics mais limite son application aux seuls marchés nationaux à l'instar de ce que prévoit le droit fédéral suite à la récente modification de la LMP et le projet d'Accord intercantonal sur les marchés publics révisé. L'ensemble des adjudicateurs publics vaudois, tels que les communes, disposent de la même latitude d'employer ce critère dans leurs marchés. Il n'appartient cependant pas, de l'avis du Conseil d'Etat, au Canton de contraindre les communes à l'emploi de l'un ou l'autre critère.

2. Quels sont les obstacles légaux ou conventionnels qui empêchent le Conseil d'Etat de s'inspirer dès maintenant du projet de la Confédération mentionné ?

Comme rappelé en préambule, le canton de Vaud bénéficie déjà d'une réglementation similaire à celle que la Confédération a souhaité introduire et est sur le point de mettre en vigueur dans son droit.

Il fut même un précurseur en la matière. L'Accord (GATT/OMC) du 15 avril 1994 sur les marchés publics (récemment révisé mais pas encore en vigueur) et l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics, constituent des obstacles à l'utilisation du critère de la formation des apprentis dans le cadre des marchés ouverts à concurrence internationale.

3. S'il existe une marge de manœuvre, le Conseil d'Etat entend-il y recourir ?

Comme déjà évoqué, le Conseil d'Etat exploite déjà la totalité de sa marge de manœuvre en utilisant le critère de la formation de personnes en formation professionnelle initiale (critère de la formation des apprentis) dans ses marchés nationaux mais pas dans les marchés ouverts à la concurrence internationale, un tel critère étant incompatible avec les exigences des traités internationaux applicables en matière de marchés publics et susceptible d'engendrer des recours contre les appels d'offres. Cette pratique est confirmée par la récente modification de la loi fédérale sur les marchés publics et par le projet d'Accord intercantonal sur les marchés publics révisé.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 4 mars 2015.

Le président :

P.-Y. Maillard

Le chancelier :

V. Grandjean