

RAPPORT DE LA COMMISSION
chargée d'examiner l'objet suivant :

Motion Patrick Vallat et consorts – Modifications de la loi vaudoise sur les marchés publics et de son règlement d'application, mesures d'allègement et de clarifications administratives

1. TRAVAUX DE LA COMMISSION

La commission s'est réunie en date du vendredi 23 août 2013 à la salle P001, rue des Deux-Marchés, à Lausanne pour traiter de cet objet. Elle était composée de Mmes les députées Gloria Capt et Fabienne Freymond Cantone ainsi que de MM. les députés Rémy Jaquier, N. RoCHAT Fernandez, Jean-François Thuillard, Yves Ferrari, Patrick Vallat, Michele Mossi et Stéphane Rezso (président-rapporteur).

Mme la Conseillère d'Etat Nuria Gorrite (cheffe du DIRH) était présente, ainsi que, pour l'administration, MM. Michel Rubattel (Secrétaire général du DIRH) et Gueric Riedi (SG-DIRH).

M. Fabrice Mascello, secrétaire de la commission, a tenu les notes de séance, ce dont nous le remercions.

2. POSITION DU MOTIONNAIRE

Le motionnaire a participé de près à la création du Système d'information sur les marchés publics en Suisse (simap.ch) ainsi que du Guide romand sur le domaine (GIMAP-romand). Le but de cette motion vise uniquement à remettre en question une base juridique insatisfaisante dans son applicabilité, en tenant compte des diverses contraintes posées par les accords existants (AMP-OMC et AIMP¹). Cette motion devrait permettre d'améliorer notamment les procédures de gré à gré et sur invitation, et de réduire les charges administratives et financières liées à des aides externes. Les communes seraient alors plus indépendantes et n'auraient plus besoin d'avoir recours à des bureaux spécialisés, voire à des bureaux d'avocats. En conséquence, moins de travail tant pour l'administration que pour les entreprises. La législation cantonale existe depuis 1997 et a été modifiée dans les années 2000 ; depuis quelques remaniements cosmétiques ont également été apportés au texte. Les marchés publics profitent d'un centre de compétences au DIRH mais souffrent encore d'une trop grande complexité. Malgré les efforts de formation consentis, ces derniers restent encore insuffisants. A ce titre, il est anormal que la Cour des comptes relève régulièrement, dans ses rapports, les mêmes dysfonctionnements, notamment avec les communes. Les mesures d'allègement proposées par son texte permettraient, sur un marché représentant environ CHF 3 à 4 Mrds pour le canton, des économies potentielles de l'ordre du demi-milliard ! Finalement, il relève que les organismes privés, comme l'Observatoire vaudois des marchés publics, ne devraient pas pouvoir se substituer à l'Etat et propose la création d'une commission extraparlamentaire formée des diverses parties concernées. En conclusion, le commissaire cite les idées suivantes :

¹ AMP-OMC : Accord OMC sur les marchés publics / AIMP : Accord intercantonal sur les marchés publics

- une marge de manœuvre augmentée pour les collectivités publiques dans le cadre des procédures de gré à gré concurrentielles et sur invitation (dossiers modestes par leurs montants mais importants par leur nombre, soit environ 75% de toutes les procédures) ;
- la poursuite du travail d'harmonisation intercantonale ;
- l'adaptation de la législation à d'autres marchés que ceux de la construction ;
- une meilleure utilisation des technologies de l'information (d'un point de vue statistique très peu d'entreprises consultent encore la FAO mais préfèrent le site simap.ch) ;
- un renforcement du Centre cantonal de compétence pour pouvoir mieux aider les communes ;
- une solution pour la problématique des procédures de gré à gré répétitif ;
- une diminution du délai d'appel d'offres pour les procédures ouvertes nationales. Vaud est l'un des seuls cantons à donner 40 jours alors que la plupart des autres cantons sont à 20 jours, comme le demande l'AIMP ;
- une réflexion accrue dans les cas où une seule offre est disponible et dans les cas de gré à gré concurrentiel ;
- à l'instar d'autres pays, une introduction des partenariats privé-public.

3. POSITION DU CONSEIL D'ETAT

La Conseillère d'Etat relève que cette motion aborde des problématiques très diverses avec des éléments positifs et d'autres susceptibles de générer un débat. Si la question des marchés publics paraît simple au départ, elle devient très rapidement complexe lorsque l'on analyse les divers niveaux d'interventions possibles (cantonal, intercantonal, national ou international). Il faut dès lors dans un premier temps différencier les divers niveaux de législations possibles, en se rappelant que les normes supérieures prévalent et sont dans un contexte de changement. La Conseillère d'Etat émet quelques commentaires :

- *Plateforme SIMAP* : Cette structure s'est imposée comme une référence et fonctionne à satisfaction ; elle est actuellement en cours de révision. Il n'est dès lors pas pertinent que l'Etat développe son propre système.
- *FAO* : Son abandon, au profit du site simap.ch, est prévu mais sera graduel.
- *Procédure de gré à gré concurrentiel* : Cette pratique permet à un adjudicateur de négocier avec deux entreprises qui ne savent pas être en concurrence l'une contre l'autre. Ce manque de transparence ne rencontre pas le soutien de l'Etat et ce d'autant plus que l'entreprise perdante n'a pas accès aux voies de recours.
- *Procédure de gré à gré, avec une offre unique* : Le marché est ouvert aux diverses entreprises intéressées mais une seule décide d'y répondre. Le motionnaire propose alors de fermer la procédure transparente de marchés publics et de laisser à la collectivité publique la possibilité de négocier à la baisse en dehors des conditions légales. Le Conseil d'Etat redoute certains effets de bords.
- *Procédure de gré à gré, avec des offres se situant en dessus du budget alloué* : Une négociation individuelle avec chacun est possible, sans information générale aux autres entreprises. La création de marchés parallèles peut être dangereuse et source de distorsion de concurrence. A l'heure actuelle, une nouvelle procédure n'est ouverte que si l'ancienne est close. Il est légalement possible de casser le marché uniquement si l'offre est supérieure de 25% au budget alloué.

- *Réduction du délai du dépôt des offres* : Le canton de Vaud est le seul à octroyer 40 jours pour la remise des offres concernant les marchés non soumis aux traités internationaux. Craignant une baisse de la qualité des offres, le groupe de travail en charge de cette analyse² s'est opposé à la proposition des représentants de l'Etat de réduire ce délai. Malgré cette position, une harmonisation intercantonale à la baisse n'est toutefois pas impossible à terme.
- *Signature électronique* : le Conseil d'Etat y est favorable mais le dossier est en consultation au niveau fédéral et n'est pas encore entré en vigueur.
- *Normes SIA obligatoires* : il semble délicat et difficile de transformer des normes en bases légales.
- *Compétence de surveillance recentrée sur le DIRH* : la portée de la surveillance est une question épineuse en raison sa grande variation possible. En effet, cet acte peut aller du simple contrôle à la sanction à l'égard des communes par exemple. Si la Cour des comptes s'est penchée sur cette problématique et a relevé que certaines communes ne respectaient pas la loi sur les marchés publics, elle ne mentionne pas quelle serait l'autorité de sanction compétente. Il paraît assez délicat et complexe qu'un département de l'Etat s'imisce dans le fonctionnement communal.
- *Formation* : la Conseillère se déclare ouverte sur ce thème qui touche à divers niveaux (communes, CEP, apprentissage, etc..) et qui doit effectivement être encore développé. Suite à la recommandation de la Cour des comptes, la formation des communes a été intensifiée.

Le Secrétaire général du DIRH complète ces propos en précisant que les accords internationaux qui chapeautent cette législation ont été revus récemment (31 mars 2012), avec des clarifications, des modernisations, des flexibilisations ainsi que des dispositions juridiques contraignantes. Toutefois, leur application concrète n'est pas encore à l'ordre du jour car les pays signataires doivent maintenant adapter leur propre législation. Au niveau suisse, deux bases légales coexistent : la loi fédérale qui s'applique aux organismes fédéraux (administration fédérale, La Poste et CFF et écoles polytechniques) et ainsi que l'AIMP. Une volonté de rapprochement existe et s'est traduite par la création d'un groupe de travail qui analyse les principales modifications de l'accord international. Son objectif est de trouver un texte commun aux deux parties précitées. Un rapport paraîtra au mois de septembre ou octobre 2013, traitant de quinze thèmes. Au niveau du canton, la CDTAP³, qui chapeaute la législation intercantonale sur les marchés publics, demande à ce que l'harmonisation y relative soit intensifiée en intégrant certaines directives dans l'accord intercantonal. Au final, les cantons auront moins de marge de manœuvre mais leur volonté d'harmonisation est bien présente. Une mise en consultation de la révision est prévue en 2014. S'agissant de SIMAP, la diffusion de l'information fonctionne assez bien et permet d'avoir accès à un très grand nombre d'appels d'offres en Suisse, même si quelques cantons n'ont pas encore obligé leurs communes à déposer leur avis d'appels d'offres sur la plateforme. Il faut néanmoins aller encore plus loin : en principe dès 2014, les entreprises soumissionnaires pourront déposer un certain nombre de documents spécifiques à relier avec les offres existantes sur la plateforme (profil soumissionnaire). Cette démarche simplifiera l'échange de documentation transmise lors de transactions. Un autre objectif plus ambitieux encore est de permettre le retour électronique, avec l'intégration cette fois de la signature électronique. Le canton de Vaud suit ce dossier de très près et y joue un rôle important.

² Lors de sa séance du 2 mai 2001, la commission consultative sur les marchés publics (dissoute le 1^{er} septembre 2004) avait décidé de constituer un groupe de travail chargé de réviser la législation vaudoise sur les marchés publics à la suite de l'adoption de la révision de l'AIMP. Ce groupe de travail comprend des représentants des services adjudicateurs de l'Etat, de l'Union des communes vaudoises (UCV), de l'Union patronale des ingénieurs et architectes vaudois (UPIAV), de la Société des ingénieurs et des architectes (SIA), de l'Association vaudoise des ingénieurs-géomètres (AVIG), de la Fédération vaudoise des entrepreneurs (FVE) et du Centre patronal

³ CDTAP : Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement

4. DISCUSSION GÉNÉRALE

Le motionnaire commente la prise de position de la Conseillère d'Etat:

- son texte ne remet pas en cause les principes de base des marchés publics (notamment la transparence et l'égalité de traitement) même pour la procédure gré à gré « concurrentiel » ;
- les négociations ne doivent pas seulement concerner le prix mais également les prestations : un gain de temps et une diminution des risques sur les chantiers sont possibles ;
- les communes auront besoin d'une marge de manœuvre dans le cadre de certaines procédures ;
- le délai de dépôt de l'offre devrait être de 20 jours, à l'instar de la majorité des autres cantons qui est de 20 jours. Le maître de l'ouvrage doit toutefois pouvoir apprécier le délai suffisant donné aux entreprises par rapport à la complexité de l'appel d'offres ;
- le contrôle de la procédure de l'Etat ne doit pas avoir un but de sanction mais plutôt d'accompagnement proactif des communes en difficultés ;
- le guide romand des marchés publics (GIMAP-romand) doit être amélioré en abordant d'autres marchés possibles, avec des standards encore plus faciles à utiliser ;
- il existe également d'autres formes de mises en concurrence (partenariat public-privé (PPP) appels d'offres fonctionnelles, dialogue compétitif, enchères inversées, etc.) qui ne sont pas traitées dans la révision de l'AIMP.

Un député relève que les maîtres d'ouvrages bien organisés ne posent que peu de difficultés. Il en va de même si les associations ou autres fondations sont bien conseillées. Par contre, les petites communes moins bien structurées, ayant une connaissance moindre des procédures, peuvent connaître des problèmes. Dans de tels cas, la formation peut être une réponse adéquate. S'agissant de la commission extraparlamentaire, il estime par ailleurs qu'une structure légère de surveillance serait nécessaire. L'Observatoire vaudois des marchés publics a été mis en place par défaut et effectue un travail incomplet : son dispositif doit encore être amélioré. Finalement, le député estime que les entreprises formatrices devraient être encouragées et motivées car elles assurent la relève.

Plusieurs députés soulignent que cette problématique concerne des aspects sociaux, environnementaux et écologiques. Toutefois cette motion vise un spectre de points trop large et que les propositions mentionnées sont dès lors extrêmement hétérogènes : bien qu'étant favorable à l'esprit de la démarche, ils seraient plus enclin à soutenir un postulat.

Une députée relève que le domaine des marchés publics est complexe et que les communes petites, mais aussi grandes commettent des erreurs. Il faut à la fois une excellente connaissance des bases légales avec une pratique régulière pour ne rien omettre. La formation est bien entendu une bonne chose mais pour autant que les nouvelles aptitudes acquises puissent être utilisées très régulièrement. Il est par ailleurs regrettable que les critères reconnus dans les procédures d'appels d'offres de marchés publics ne tiennent pas compte du paramètre de la proximité. Souvent, à cause du prix, on conclut l'affaire avec une entreprise éloignée qui n'a, logiquement, aucune connaissance du contexte local.

La commissaire mentionne en outre que certains petits entrepreneurs plus âgés préfèrent lire la FAO plutôt que d'aller consulter le site internet. Une bascule complète sur internet ne garantit pas une information absolue de toutes les entreprises. Par contre pour un député, le seul outil de référence est clairement le site internet ; la FAO n'est plus consultée. Il est favorable à une simplification des marchés publics mais redoute de toucher aux critères d'attribution qui ouvriraient un débat sans fin. S'agissant de l'encouragement à la formation, le commissaire relève que, s'il est positif de former des apprentis, il ne faut pas oublier les entreprises qui n'ont pas la possibilité d'en former et qui seraient ainsi pénalisées.

Finalement, le commissaire s'interroge sur le gain potentiel de CHF 500 millions articulé par le motionnaire. Celui-ci explique que son calcul est essentiellement basé sur une projection des gains potentiels découlant de l'économie d'heures de travail (rédaction de rapports de plus en plus complexe, analyse de données, etc.). Ce paramètre est d'autant plus important qu'en général seule une offre sur 10 est couronnée de succès. Parallèlement, les frais tels que la publication dans la FAO (amenée à disparaître) sont également une autre source d'économies. En se basant sur les 90'000 offres lancées annuellement en Suisse de plus de CHF 10'000, on peut estimer que 8 ou 9'000 d'entre elles sont rédigées dans le canton de Vaud pour de petits marchés. Cette multiplication de dossiers et, partant, de tâches administratives, fonde ce chiffre de CHF 500 millions. Ramenée à un niveau suisse, cette économie pourrait atteindre CHF 2 milliards selon ses propres estimations.

La Conseillère d'Etat constate que l'ensemble de la commission soutient le principe de l'allègement des procédures pour tous les partenaires et se plaît à relever que la simplification du système est déjà engagée au sein de l'Etat. Par contre, d'autres aspects de cette motion vont aller à l'encontre de cette notion de simplification administrative recherchée et pourraient même provoquer de longs blocages et des pertes de temps importantes. A titre d'exemple, la Conseillère d'Etat insiste à nouveau sur la reprise par l'Etat de la haute surveillance des marchés publics voulue par le motionnaire. En effet, par ce biais, l'Etat devrait, à réception des formulaires remplis par les communes, contrôler ces documents et se déterminer sur la conformité de la procédure, voire même, cas échéant, prononcer une sanction à l'encontre de la commune qui aurait commis une erreur. Elle parie que ces collectivités publiques ne goûteraient que fort peu cette ingérence de l'Etat dans leur propre fonctionnement ; cette tâche doit clairement incomber au pouvoir judiciaire.

Le motionnaire est attaché au fait que les deux parties qui passent un contrat y trouvent chacun leur compte et est favorable à une autorité qui prônerait une surveillance préventive (par le biais d'une commission extraparlamentaire) plutôt que contraignante avec des sanctions. Dans ce contexte, il note également que certaines communes, pensant bien faire, édictent des directives internes encore plus contraignantes que le règlement. En conclusion : les petites collectivités publiques ont tendance à faire faux par méconnaissance, à ne rien faire par défaut, et à essayer par dépit.

Interpellé sur divers thèmes, le Secrétaire général amène les compléments d'informations suivants :

- Le groupe de travail intercantonal traite également d'autres systèmes concurrentiels (dialogue compétitif – contrat cadre - enchères électroniques) puisque ces procédures ont été introduites au niveau international. Celles-ci ne sont souvent valables que pour les très gros marchés et ne concernent pas les communes avec des projets plus modestes.
- Une contribution sociale et environnementale du développement durable existe dans les procédures cantonales pour cette notion de distance à parcourir. Le canton de Vaud est un précurseur en la matière puisque ce critère a été introduit depuis 2004 dans la plupart des dossiers liés aux marchés publics du DIRH. La jurisprudence du Tribunal cantonal ne reconnaît toutefois l'éloignement que dans la mesure où ce dernier aurait un impact significatif en terme de quantité de CO².
- Le transfert de la FAO à internet reste évolutif car le canton veille à maintenir le support papier afin d'être certains de toucher le plus grand nombre de soumissionnaires possibles, même si le site simap reste la référence.
- Conformément à une décision intercantonale, le canton n'entre pas en matière en terme de sanctions contre des adjudicateurs car cette compétence doit rester au niveau judiciaire. En cas de contestation, le soumissionnaire doit pouvoir faire recours s'il s'estime lésé. S'agissant du niveau fédéral, tous les marchés en dessous des seuils internationaux n'ont pas de voie de recours, ce qui rend ainsi la négociation plus facile. Cette notion de négociation est délicate : avec environ 800 adjudicateurs (communes, services de l'administration, institutions, etc.), le canton de Vaud se doit de rester pragmatique sans être intrusif. Dans ce contexte et afin de mieux (in)former les communes, ces dernières bénéficieront dès cet automne d'un jour complet de formation au lieu du ½ jour initialement proposé ; cette modification répond ainsi à une des remarques de la Cour des comptes. Le Guide romand des marchés publics vient compléter cette panoplie d'outils.

La discussion générale laisse clairement apparaître que la transformation de cette motion en postulat permet de rendre attentif aux problèmes particuliers des marchés publics, et de faire avancer le Canton dans un but d'une meilleure efficacité.

Le motionnaire accepte la transformation de sa motion en postulat. L'enjeu final n'est pas tant la forme de l'intervention mais le message fort que la commission doit faire passer au Grand Conseil.

A l'unanimité des neuf commissaires présents, la commission invite le Grand Conseil à prendre en considération le postulat et à le transmettre au Conseil d'Etat

5. VOTE DE LA COMMISSION

Prise en considération de la motion transformée en postulat

Nombre de voix pour : 9

Nombre de voix contre : 0

Abstention(s) : 0

A l'unanimité des 9 membres présents, la commission recommande au Grand Conseil de prendre en considération ce postulat et de le renvoyer au Conseil d'Etat.

Crissier, le 7 octobre 2013

Le rapporteur :
(Signé) Stéphane Rezzo