

RÉPONSE DU CONSEIL D'ETAT

à l'interpellation Catherine Labouchère – Comment peut-on répondre aux critiques faites aux marchés publics ?

Rappel

Texte déposé :

Si la décision du Tribunal cantonal concernant l'Hôpital Riviera-Chablais a mis particulièrement en exergue la question des marchés publics, les interrogations face aux procédures lourdes et complexes qui les régissent ne sont pas nouvelles. En décembre 2012, le 23^e rapport de la Cour des comptes intitulé " Les conditions concurrentielles appliquées aux marchés publics des communes " révélait les difficultés rencontrées par le pouvoir adjudicateur pour que tout se passe sans erreur. A cette période également, les problèmes rencontrés avec le bâtiment Géopolis de l'Université de Lausanne avaient suscité de multiples questionnements au sein de l'hémicycle vaudois. La Commission de gestion a d'ailleurs déposé un postulat en février 2014, directement renvoyé au Conseil d'Etat, comprenant plusieurs demandes de clarification en relation avec les marchés publics. La loi vaudoise qui les concerne est une application de la législation fédérale dans le domaine, elle-même respectant les normes internationales régissant les marchés publics internationaux. Or, que constate-t-on dans l'Union européenne à ce propos ? Cette dernière vient de réviser en 2014 sa législation dans le domaine en adoptant trois directives relatives aux marchés publics. Les textes sont maintenant en vigueur. Ils visent à simplifier les procédures et les règles applicables tant pour les acheteurs publics que pour les soumissionnaires.

Pour les acheteurs publics cette simplification poursuit quatre objectifs :

- 1. Offrir une plus grande liberté au pouvoir adjudicateur afin de lui permettre de choisir la procédure la mieux adaptée à ses besoins.*
- 2. Rendre les procédures de passation plus souples et plus efficaces : par exemple les délais réduits, l'introduction de labels, l'introduction d'un " document unique de marché " en ligne, la liberté pour l'adjudicateur de choisir dans quel ordre il entend évaluer l'aptitude des soumissionnaires ainsi que leur offre.*
- 3. Simplifier le système de publication à l'égard de certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs sous-centraux (en Suisse ce sont les cantons et les communes).*
- 4. Favoriser les achats groupés.*

Pour les soumissionnaires, cette simplification poursuit deux objectifs :

- 1. Diminuer la charge administrative au moment de soumissionner.*
- 2. Favoriser l'accès des PME aux marchés publics.*

Une information détaillée se trouve sur le site internet :

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_fr.htm

Ces améliorations sont intéressantes et pourraient inspirer les changements à effectuer au sein de nos législations fédérale et cantonale. C'est pourquoi je pose les questions suivantes au Conseil d'Etat :

- 1. A-t-il connaissance de ces nouvelles directives européennes ?*
- 2. Entend-il être proactif pour simplifier et améliorer les procédures des marchés publics ?*
- 3. Si oui, comment entend-il le faire tant sur le plan cantonal que sur le plan fédéral ?*
- 4. Estime-t-il possible de procéder à des simplifications et à des améliorations de ces procédures sur le plan cantonal sans attendre les modifications de la législation fédérale ?*
- 5. Si oui, dans quels délais ?*

Réponse du Conseil d'Etat

A titre préalable, il convient de rappeler que le fondement du droit des marchés publics suisse est l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP), accord international ratifié par la Suisse dont les dispositions ont été transposées au niveau de la Confédération, d'une part, dans la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et son ordonnance d'application (OMP) et, au niveau cantonal, d'autre part, dans l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) et les lois et règlements des différents cantons. La loi fédérale sur les marchés publics règle ainsi les seuls marchés de la Confédération et de ses entités proches, tandis que l'AIMP et les lois cantonales règlent les marchés des entités de niveau inférieur (cantons, communes, organe assumant des tâches cantonales ou communales par exemple un établissement de droit public comme l'Hôpital Riviera-Chablais). Par conséquent, dans le domaine des marchés publics, la loi fédérale et son ordonnance ne représentent pas du droit supérieur pour les législations cantonales, contrairement à d'autres domaines du droit. Ces textes légaux ne s'appliquent pas aux marchés organisés par des adjudicateurs vaudois (cantons, communes, etc.)

L'AIMP transpose au niveau cantonal les exigences internationales de l'AMP et vise à harmoniser les règles de passation des marchés non soumis à ce même AMP entre les cantons, permettant ainsi aux entreprises de chaque canton de soumissionner dans l'ensemble des autres cantons suisses.

En 2012, une révision de l'AMP a rendu nécessaire une adaptation du droit des marchés publics au niveau suisse. Cette révision a essentiellement porté sur les points suivants : simplification et modernisation des textes, adaptation aux progrès de la technique et élargissement du champ d'application. La Suisse ne pourra ratifier l'AMP révisé qu'une fois achevée l'adaptation de la législation sur les marchés publics aux niveaux fédéral et cantonal rendue nécessaire par ce nouvel accord. Cette adaptation s'est traduite par un nouveau projet d'Accord intercantonal (P-AIMP) et par un nouveau projet de loi fédérale sur les marchés publics (LMP). Profitant de la révision induite par l'AMP 2012, les cantons et la Confédération ont approuvé le principe d'une harmonisation parallèle de leur législation respective. Ainsi, le projet d'Accord intercantonal et le projet de nouvelle loi fédérale proposent, à quelques exceptions près, un texte commun élaboré sous l'égide d'un groupe de travail paritaire constitué de représentants de la Confédération et des cantons avec l'appui d'un professeur d'université.

Le P-AIMP a fait l'objet d'une large consultation publique dans le canton de Vaud entre le 24 septembre et le 20 novembre 2014. La synthèse de cette consultation a fait l'objet d'une détermination du Conseil d'Etat vaudois adressée à l'Autorité intercantonale sur les marchés publics (AiMp) le 19 décembre dernier. La consultation relative au nouveau projet de loi fédérale sur les marchés publics a débuté le 1^{er} avril 2015. Elle s'achèvera le 1^{er} juillet 2015. .

1) A-t-il connaissance de ces nouvelles directives européennes ?

Oui, le Conseil d'Etat a connaissance des nouvelles directives adoptées au sein de l'Union européenne

en matière de marchés publics, à savoir la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (Directive générale), la Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (Directive relative aux secteurs), ainsi que la Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (Directive relative aux concessions de travaux ou de services). En substance, parmi les points forts de ces nouvelles directives, on peut relever qu'elles permettent aux autorités publiques de mettre davantage l'accent sur la qualité, ainsi que sur les aspects environnementaux et sociaux, qu'elles ont introduit les " partenariats d'innovation " qui permettent aux autorités d'avoir recours aux appels d'offres pour résoudre un problème spécifiques sans préjuger de la solution, ainsi que des règles plus rigoureuses concernant les offres " anormalement basses ", qui permettront d'exclure les contractants ne respectant pas la législation sociale. Même si ces directives ne sont pas applicables en droit suisse et que les États membres de l'Union européenne ont jusqu'au mois d'avril 2016 pour traduire ces nouvelles règles dans leur droit national (sauf en ce qui concerne les marchés publics électroniques, où le délai échoit au mois de septembre 2018), le Conseil d'Etat constate que le droit des marchés publics applicable en Suisse va d'ores et déjà dans la même direction.

2) Entend-il être proactif pour simplifier et améliorer les procédures des marchés publics ?

Le projet d'Accord intercantonal sur les marchés publics (P-AIMP) induit par la révision de l'Accord international sur les marchés publics (AMP révisé), poursuit déjà les objectifs de simplification (clarification) et d'amélioration des procédures marchés publics souhaités par l'interpellante. Il n'apparaît dès lors pas opportun d'initier, en l'état, une réforme de la législation cantonale sur les marchés publics qui viendrait s'ajouter aux travaux de révision déjà en cours. Une telle démarche pourrait même s'avérer délicate compte tenu du fait que le P-AIMP contient des dispositions détaillées auxquelles les cantons devront se conformer en cas d'adhésion. Elle présenterait ainsi un risque potentiel de contradiction avec le droit intercantonal supérieur, voire un risque de répétition inutile du contenu du P-AIMP.

Lors de l'adhésion du canton de Vaud au P-AIMP, les différents acteurs des marchés publics pourront bénéficier des améliorations et simplifications prévues dans le projet. A titre d'exemples, le projet contient des dispositions qui prévoient des définitions légales des principales notions utilisées en matière de marchés publics et offre de nouvelles possibilités aux adjudicateurs comme le dialogue (instrument qui permet à l'adjudicateur d'entrer en relation avec les soumissionnaires afin de trouver la meilleure solution dans le cadre d'un marché complexe), les contrats-cadres (instrument permettant de fixer les conditions applicables à des commandes futures pour une période limitée) ou encore les enchères électroniques.

Dans le cadre de la consultation du P-AIMP, le Conseil d'Etat a indiqué qu'il était globalement favorable à ce projet, mais a souligné qu'il devait mieux prendre en compte la célérité des procédures de recours, en tous les cas pour certains marchés. Il a en conséquence proposé de nouvelles dispositions destinées à accélérer le déroulement des procédures de recours lorsqu'elles concernent des marchés s'inscrivant dans la réalisation de projets d'intérêt public. Il a également demandé à ce que le projet d'AIMP clarifie la marge de manœuvre laissée aux cantons pour légiférer sur l'un ou l'autre aspect sensible des marchés publics, notamment en matière de sous-traitance.

Le Conseil d'Etat suivra avec attention la suite du processus relatif au P-AIMP. Si les propositions qu'il a formulées lors de la consultation devaient ne pas être retenues, il effectuera un nouvel examen de la situation.

En marge de la discussion concernant cette révision de l'AIMP, le Conseil d'Etat a adopté en

octobre 2014 l'EMPL 188 modifiant la loi sur la procédure administrative (LPA) et la loi sur les marchés publics (LMP-VD) pour fixer des délais contraignants quant au traitement des recours par l'autorité judiciaire afin de raccourcir la durée de traitement de ces derniers.

3) Si oui, comment entend-il le faire tant sur le plan cantonal que sur le plan fédéral ?

Comme indiqué à la réponse à la question no 2, le Conseil d'Etat ne juge pas opportun de se lancer dans une révision législative cantonale. Il est rappelé que la législation fédérale sur les marchés publics ne s'applique pas aux marchés organisés par les pouvoirs adjudicateurs du canton de Vaud.

4) Estime-t-il possible de procéder à des simplifications et à des améliorations de ces procédures sur le plan cantonal sans attendre les modifications de la législation fédérale ?

Comme mentionné à la réponse donnée à la question no 2, le Conseil d'Etat n'entend pas procéder à des simplifications ou à des améliorations sur le plan cantonal qui s'ajouteraient à celles déjà contenues dans le projet d'Accord intercantonal sur les marchés publics (P-AIMP) ou à celles qu'il a proposées dans le cadre de la consultation portant sur ce futur accord.

5) Si oui, dans quels délais ?

Le processus d'adoption du P-AIMP suit son cours avec une adoption planifiée en 2017.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 17 juin 2015.

Le président :

P.-Y. Maillard

Le chancelier :

V. Grandjean