

RÉPONSE DU CONSEIL D'ETAT

à l'interpellation Stéphane Rezso et consorts - Pas d'ingénieurs au rabais - même pour les marchés publics !

Rappel de l'interpellation

Dans ce nouveau parlement construit sous le régime des marchés publics, le Service des immeubles, du patrimoine et de la logistique (SIPAL) a pu s'appuyer sur des mandataires expérimentés qui, grâce à leurs compétences, permettent de faire le meilleur bâtiment avec la technique la plus performante, tout ceci dans un but d'efficacité.

Malheureusement, les niveaux de prix ne cessent d'inquiéter les bureaux d'architectes, d'ingénieurs et d'ingénieurs spécialisés. Les marchés publics et l'ouverture des frontières ont comme effet connexe d'induire une baisse des prix, le moins disant étant très souvent classé premier et obtenant le marché. Des critères, cependant, permettent de pondérer le classement, comme les qualifications, la formation ou l'expérience. Les offres les plus basses — dumping — devraient être éliminées.

Pour les entreprises de construction ou d'installation, à qualité de matériel équivalent, on peut espérer que l'adjudicataire fasse un choix raisonnable, au coût le plus favorable pour les deniers publics, tout en obtenant la qualité souhaitée et en respectant les conditions de travail — conventions collectives de travail (CCT) ou contrats cadres.

En revanche, les mandataires appelés à des prestations de services doivent définir les options techniques et les choix cruciaux, dans le respect des normes existantes. On aurait intérêt à travailler avec des bureaux vaudois, qui connaissent bien le marché et ses entreprises, pour préserver la qualité des prestations.

Depuis quelques années, et en particulier en ce qui concerne les prestations d'ingénieurs, on assiste à une baisse de plus en plus forte du prix des prestations, notamment dans le cadre de contrats adjugés par des instances fédérales telles l'Office fédéral des routes (OFROU) et les Chemins de fer fédéraux (CFF). Par le biais de la sous-traitance à l'étranger, apparaissent des prix contre lesquels les bureaux locaux ne peuvent faire concurrence. Les bureaux d'ingénieurs vaudois n'ont pas été épargnés et il est à craindre que tout ou partie des futurs grands contrats de l'OFROU ou des CFF leur échappent aussi, les prestations se réalisant en définitive à l'étranger, par le biais de la sous-traitance.

Pour donner un exemple chiffré, les CFF ont attribué à un bureau tessinois les cinq derniers mandats en Suisse romande, à un prix moyen de 61,68 francs de l'heure, donc même pas à la moitié des tarifs recommandés par la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (KBOB) 2017 ! L'OFROU évolue sur des bases identiques.

Je pose donc les questions suivantes au Conseil d'Etat :

- Comment le canton fait-il pour procéder aux choix de ses mandataires, afin d'assurer la*

pérennité de nos bureaux d'ingénieurs et de garantir la qualité des prestations, pour que le prix ne soit pas le seul critère de choix ?

- Avec quelles mesures le Conseil d'Etat pourrait-il donner une préférence à des bureaux locaux mais à des tarifs corrects, permettant de respecter les CCT locales et les tarifs KBOB ?*
- Le canton peut-il intervenir pour défendre des tarifs corrects au niveau fédéral (OFROU et CFF) pour les chantiers se déroulant sur son territoire et encourageant les bonnes pratiques vaudoises en matière de marchés publics ?*

Souhaite développer.

(Signé) Stéphane Rezsó et 49 cosignataires

Réponse du Conseil d'Etat

- **Comment le Canton fait-il pour procéder aux choix de ses mandataires, afin d'assumer la pérennité de nos bureaux d'ingénieurs et de garantir la qualité des prestations pour que le prix ne soit pas le seul critère de choix ?**

A titre liminaire, on rappelle que la passation des marchés publics est régie par l'accord OMC du 15 avril 1994, auquel la Suisse a adhéré, et l'accord bilatéral avec l'UE du 21 juin 1999. Ils s'appliquent aux cantons et ont été transposés dans le droit interne par l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 novembre 1994, révisé le 15 mars 2001. Ils sont complétés par la loi cantonale sur les marchés publics du 24 juin 1996 et son règlement d'application du 7 juillet 2004. L'ensemble des marchés publics du canton, qui comprend les services, les fournitures et les constructions, sont régis par ces dispositions ; celles-ci impliquent l'usage de procédures de passation de marché, déterminées en fonction de seuils financiers, qui fixent le degré d'ouverture du marché, la transparence des procédures, et donnent une protection juridique aux soumissionnaires qui auraient été écartés indûment ou qui pourraient se plaindre d'une irrégularité ou de mesures discriminatoires à leur égard. Le but est non seulement d'assurer un marché transparent et concurrentiel, mais aussi de permettre à l'acheteur de bénéficier de l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces règles, comme celles de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI), obligent à la plus grande rigueur dans la passation des marchés de l'Etat. De plus, la jurisprudence des tribunaux définit au fil des ans les pratiques à adopter et les limites à respecter dans la passation des marchés publics. Afin de promouvoir une application conforme à la législation en vigueur et une pratique cohérente au sein de l'Etat, le canton de Vaud a établi des directives internes contraignantes qui s'appliquent à l'ensemble de ses services.

Il n'en reste pas moins que chaque marché présente des caractéristiques propres que les pouvoirs adjudicateurs doivent pouvoir prendre en compte dans la détermination des critères d'adjudications utilisés. Il n'est d'ailleurs plus à prouver que les prestations complexes qui demandent des connaissances poussées ne peuvent être évaluées uniquement sous l'angle du prix. La qualité de ces prestations doit être prise en compte dans l'évaluation des offres. L'Etat de Vaud souscrit à ces considérations, qui se reflètent dans les barèmes de la directive interne relative à la passation des marchés publics applicable aux pouvoirs adjudicateurs de l'administration cantonale. Ces barèmes de pondération des critères, en place depuis 2008, ont été établis selon le type de marché en cause et les exigences qualitatives requises pour l'exécution de celui-ci. Ils sont par ailleurs mis à disposition des autres pouvoirs adjudicateurs afin que ceux-ci puissent profiter de modèles éprouvés par la pratique et conformes à la jurisprudence.

Ces barèmes internes à l'Etat sont fondés sur cinq critères :

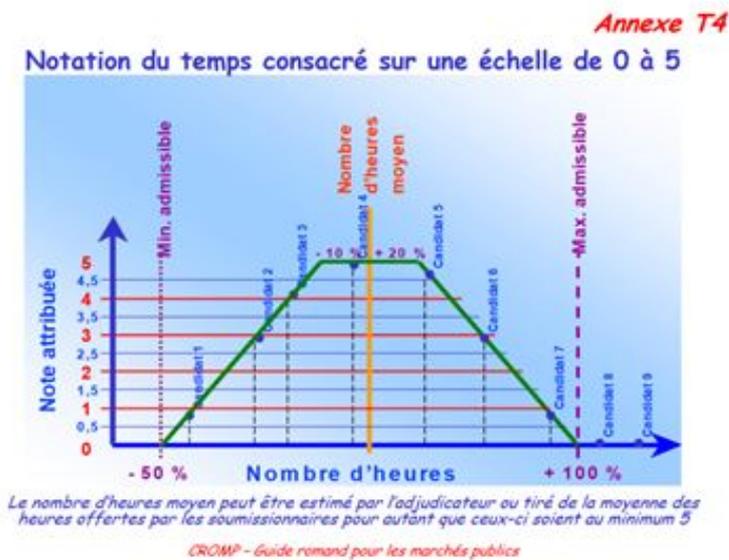
1. le prix ;
2. l'organisation pour l'exécution du marché ;
3. la qualité technique de l'offre ;
4. l'organisation de base du candidat/soumissionnaire ;
5. les références du candidat/soumissionnaire.

Les critères 2 à 4 sont en général divisés en sous-critères : on retrouve fréquemment les critères des moyens et ressources prévus pour l'exécution du marché, du temps consacré pour l'exécution du marché, de la qualification des personnes-clés, de la contribution au développement durable (dans sa composante tant sociale qu'environnementale) et de la formation des apprentis (pour les marchés non soumis à la concurrence internationale uniquement).

L'importance de la qualité des prestations est ainsi garantie par la pondération attribuée aux quatre

autres critères que le prix. C'est en combinant l'ensemble des critères énumérés plus haut que les pouvoirs adjudicateurs peuvent évaluer les offres et déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse (ou présentant le meilleur rapport qualité/prix ou la mieux-disante). Ainsi, une offre qui présente un prix plus élevé que ses concurrents peut arriver en première place du classement si elle obtient de meilleurs résultats pour les critères relatifs à la qualité.

Un élément d'appréciation fréquemment utilisé dans l'évaluation de la qualité des prestations des mandataires est celui du temps consacré à l'exécution du mandat avec la méthode dite du trapèze (annexe T4 du Guide romand des marchés publics). Le pouvoir adjudicateur qui applique cette méthode doit évaluer le nombre d'heures qu'il considère comme raisonnablement nécessaire à l'exécution du marché. Au moment de la notation, les offres qui s'écartent trop du nombre d'heures ainsi fixé parce qu'elles prévoient un nombre d'heures largement supérieur ou inférieur sont moins bien notées que les offres proposant un nombre d'heure proche de la cible estimée par le pouvoir adjudicateur. La méthode du trapèze vise à contrebalancer les offres trop basses au niveau du prix et à garantir un niveau de ressources apte à assurer la qualité des prestations à exécuter. Elle est utilisée depuis plus de 10 ans au sein de la Direction générale de la mobilité et des routes (DGMR) et a permis de lutter efficacement contre des offres qui proposent des prix à l'heure très bas mais indiquent un nombre d'heure particulièrement élevé.



Les barèmes de l'Etat imposent aux services de l'administration cantonale l'utilisation de certains critères ainsi que des fourchettes de pondération de ces derniers. S'agissant des prestations d'ingénieurs, elles constituent en règle générale des marchés de services à hautes ou moyennes exigences qualitatives. Dans ces deux cas de figure, le barème relatif aux marchés de service impose une pondération du prix au minimum à 20%, respectivement 30% et au maximum à 40%, respectivement 50% du poids total de la note. En pratique, le prix est en général pondéré à 25 ou 30 % de la note finale. L'organisation pour l'exécution du marché doit être pondérée au minimum à 9%, respectivement 11% et au maximum à 33%, respectivement 37 % et la qualité technique de l'offre au minimum à 7%, respectivement 10% et au maximum à 27%, respectivement 30% de la note finale.

Enfin, concernant le prix, le Canton de Vaud a concrétisé dans sa législation le devoir de contrôle des pouvoirs adjudicateurs en cas d'offre anormalement basse. Face à un prix particulièrement attractif (la jurisprudence considère comme anormalement basse une offre qui présente un écart de 30% par rapport à la moyenne des offres en lice), le pouvoir adjudicateur doit faire preuve de curiosité et prendre la précaution de s'informer sur la composition du prix proposé (art. 36 RLMP-VD). Si le soumissionnaire concerné ne justifie pas son prix, il s'expose alors à une exclusion de la procédure

(art. 32 RLMP-VD).

Le prix n'est dès lors jamais le seul critère de notation. De surcroît, son poids ne dépasse qu'exceptionnellement la moitié de la note finale et se situe davantage dans une fourchette de pondération de 20% à 30% s'agissant de prestations d'ingénierie ou d'architecture. Il est par conséquent fréquent que l'offre retenue ne soit pas la moins chère en terme de prix. Grâce à l'application des barèmes multicritères et de méthodes permettant de contrebalancer les prix trop bas, le canton favorise une répartition plus équilibrée du poids conféré aux critères qualitatifs par rapport au critère du prix et garantit un standard de qualité élevé pour les marchés mis en soumission par ses services.

– **Avec quelles mesures le Conseil d'Etat pourrait donner une préférence à des bureaux locaux mais à des tarifs corrects, permettant de respecter les CCT locales et les tarifs KBOB ?**

Le droit des marchés publics obéit à plusieurs principes cardinaux et notamment ceux de la non-discrimination et de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires ainsi que celui du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail.

La non-discrimination est un principe fondamental du droit des marchés publics, consacré en droit international, en droit fédéral, en droit intercantonal et transposé en droit cantonal à l'art. 6 al. 1 let. a LMP-VD. Les pouvoirs adjudicateurs doivent utiliser des critères appropriés en fonction de l'objet du marché, exempts de tout protectionnisme. En d'autres termes, ils doivent renoncer à recourir à des critères discriminatoires. Tout type de préférence (ou d'exclusion) liée au lieu d'établissement d'un soumissionnaire est exclu, à moins que des motifs impératifs le justifient (comme par exemple la connaissance des lieux dans le cadre d'un marché visant au remaniement parcellaire d'une région). Sont notamment considérés comme discriminatoires, les critères relatifs à la disponibilité rapide du soumissionnaire s'ils ne sont pas indispensables à la bonne exécution du marché, l'exigence d'un nombre de travailleurs locaux minimum ou encore l'inscription à un registre professionnel cantonal.

Le Conseil d'Etat reconnaît l'importance du principe de non-discrimination pour tous les acteurs des marchés publics et défend son applicabilité dans les marchés publics vaudois. Les bureaux d'ingénieurs locaux sont et continueront d'être traités sur un pied d'égalité avec les soumissionnaires non locaux. Il convient toutefois de rappeler que les pouvoirs adjudicateurs vaudois peuvent librement choisir leur prestataire, et donc s'adresser à un bureau local, pour attribuer directement un marché dont la valeur reste dans les seuils de la procédure de gré à gré (jusqu'à CHF 150'000 pour des prestations d'ingénierie ou d'architecture) et qu'ils sont également libres de favoriser le tissu local en invitant des bureaux locaux pour des marchés se situant dans les seuils de la procédure sur invitation (jusqu'à 250'000 francs). Au demeurant, dans les marchés d'ingénieurs soumis à la concurrence internationale, il est rare que des candidats étrangers soumissionnent.

Dans les marchés d'architecture ou d'ingénierie, il peut arriver que des bureaux locaux sous-traitent des prestations telles que la réalisation de calculs techniques ou la confection de plans à d'autres bureaux, situés en Suisse ou à l'étranger. On vise, par " sous-traitance ", le contrat par lequel une partie (le sous-traitant) s'engage à l'égard d'une autre partie (l'entrepreneur principal) à effectuer tout ou une partie de la prestation que cette dernière s'est engagée à faire pour un maître (le maître principal). La sous-traitance concerne potentiellement tous les types de marchés (travaux, services et fournitures). Elle bénéficie, en droit des marchés publics, d'une acceptation plus large qu'en droit des obligations et ne se limite pas aux seuls rapports contractuels régis par les règles du contrat d'entreprise. Le Tribunal administratif fédéral a récemment confirmé que lorsqu'un soumissionnaire est un groupe de sociétés ou une société mère, ses filiales doivent être considérées comme ses sous-traitants ou ses fournisseurs (TAF B1600/2014 du 2 juin 2014 commenté in revue Droit de la construction (DC 1/2015, p. 21ss). Il

y a ainsi sous-traitance lorsqu'un bureau d'architectes ou d'ingénieurs suisse appartenant à un groupe international confie tout ou partie des prestations à exécuter à une filiale du groupe située en Suisse ou à l'étranger.

Néanmoins, la sous-traitance peut être encadrée par les pouvoirs adjudicateurs, ce qui permet d'en combattre les éventuels effets néfastes, par exemple une pression sur les prix et tarifs horaires pratiqués dans la branche, et ce à plusieurs niveaux.

En premier lieu, il convient de rappeler que le pouvoir adjudicateur bénéficie de la liberté de configurer le marché mis en soumission comme il l'entend et en fonction de ses besoins. Il existe ainsi, au stade précoce de la préparation de l'appel d'offres, une série de mesures qui peuvent être prises pour lutter contre les effets potentiellement néfastes de la sous-traitance. A titre d'exemple, l'adjudicateur peut exclure la sous-traitance ou limiter la part admissible de celle-ci à un certain pourcentage de la valeur de l'ensemble des prestations. Il peut également spécifier quelles prestations pourront être sous-traitées et lesquelles ne le pourront pas. En cas de consortium, l'adjudicateur peut indiquer quelles prestations ou quelle part du marché doivent être obligatoirement effectuées par le bureau pilote. A l'instar de certains services de l'Administration cantonale, le pouvoir adjudicateur peut interdire la sous-traitance indirecte (sous-sous-traitance ou sous-traitance de deuxième niveau) en imposant aux soumissionnaires de répercuter cette interdiction dans les contrats que ces derniers concluent avec leurs sous-traitants sous peine de sanction.

En second lieu, le pouvoir adjudicateur qui admet la sous-traitance pour tout ou une partie du marché dispose de différents moyens d'action pour combattre les effets néfastes de la sous-traitance. En effet, des mesures visant à favoriser le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail sont régulièrement adoptées par le canton de Vaud :

- En 2014 déjà, de nouvelles dispositions réglementaires sont entrées en vigueur au niveau cantonal afin d'imposer aux soumissionnaires l'obligation d'organiser un système de contrôle efficace de leurs sous-traitants pour s'assurer du respect par ceux-ci des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail et de salaire (art. 6, 15, 34 et 44 RLMP-VD). Il est notamment prévu que les pouvoirs adjudicateurs peuvent charger les organes paritaires institués par les conventions collectives de contrôler l'application des dispositions relatives aux conditions de travail et de salaire (art. 44 al. 3 RLMP-VD). Ces dispositions permettent également de sanctionner les soumissionnaires qui ne parviendraient pas à prouver le respect de ses dispositions par leurs sous-traitants. Depuis cette date également, les soumissionnaires ont l'obligation d'annoncer l'ensemble des participants au marché afin que ces derniers puissent également être contrôlés.
- L'insertion de peines conventionnelles dans les contrats entre adjudicateurs et adjudicataires a également été intégrée au droit cantonal la même année.
- En 2016, le canton de Vaud, les associations de communes vaudoises (UCV, AdCV), la Fédération vaudoise des entrepreneurs (FVE), le syndicat Unia (Vaud), la Société Suisse des Ingénieurs et des Architectes (SIA Section Vaud), l'Union Patronale des Ingénieurs et des Architectes Vaudois (UPIAV), l'Intergroupe des Associations d'Architectes Vaud (InterAssAr) et Développement Suisse SIA-VD ont signé une charte éthique des marchés publics. Par leur paraphe, l'Etat de Vaud et les partenaires du secteur vaudois de la construction s'engagent à respecter des règles humaines et économiques essentielles dans la réalisation des infrastructures publiques du canton. Cette charte est accompagnée d'un guide pratique permettant de concrétiser et d'illustrer les principes édictés dans la charte.
- A l'heure actuelle, ces mêmes partenaires rédigent un Guide pratique pour la mise en œuvre des

mesures relatives au respect des aspects sociaux dans la passation des marchés publics vaudois de construction. Ce guide sera publié très prochainement.

Le canton, par son Département des infrastructures et des ressources humaines qui agit en tant qu'autorité de surveillance des marchés publics, lutte également activement contre les effets néfastes de la sous-traitance.

Le Département des infrastructures et des ressources humaines exclut des marchés publics les entreprises condamnées par la justice pénale et prononce des sanctions pécuniaires à l'encontre des entreprises qui violent les règles régissant les marchés publics et notamment en ce qui concerne la protection des travailleurs et les conditions de travail.

Le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail figure lui aussi au rang des principes généraux des marchés publics. Il est désormais reconnu que le respect de l'égalité de traitement entre femmes et hommes, des conditions minimales en matière de protection des travailleurs et de conditions de travail est indispensable pour garantir le bon fonctionnement de la concurrence. A l'inverse, la violation de ces dispositions peut entraîner une distorsion de la concurrence. A l'heure actuelle, seule la convention collective de travail (CCT) pour les bureaux d'ingénieurs géomètres existe et prévoit l'application de salaires minimaux. La commission paritaire de la convention est compétente pour effectuer le contrôle du respect des dispositions étendues. Ainsi, dans le cadre de marchés publics concernant des bureaux d'ingénieurs géomètres – on pense notamment aux marchés de mensuration officielle –, l'Etat charge cette commission de contrôler l'application des dispositions relatives aux conditions de travail et de salaire par les soumissionnaires avant de procéder à l'adjudication du marché conformément à l'art. 44 al. 3 RLMP-VD. S'agissant des architectes et ingénieurs vaudois, ils ne disposent pas encore de convention collective de travail. L'introduction d'une telle convention est actuellement à l'étude. En cas d'adoption, cette convention permettrait aux pouvoirs adjudicateurs vaudois de faire contrôler le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail par les soumissionnaires et leurs sous-traitants éventuels comme c'est actuellement le cas pour les bureaux d'ingénieurs géomètres.

S'agissant des recommandations de la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (KBOB), les taux horaires mentionnés dans ces recommandations n'avaient, jusqu'au 30 juin de cette année, qu'une valeur indicative et il avait été reconnu qu'ils ne pouvaient être imposés aux soumissionnaires dans le cadre d'un marché public. La Commission de la concurrence (COMCO) est très récemment intervenue auprès de la KBOB pour annoncer qu'elle considère les recommandations relatives aux honoraires comme représentant un accord illicite et punissable affectant la concurrence. Sur recommandations de la COMCO, la KBOB a donc modifié ses propres recommandations afin d'assurer le respect de la loi sur les cartels. Depuis le 1^{er} juillet 2017, les recommandations de la KBOB ne contiennent dès lors plus de taux horaires maximaux recommandés par catégorie, de taux horaire moyen pour les groupes de mandataires, de taux maximaux recommandés pour les membres du jury de concours de projets, de valeur de référence pour les facteurs d'ajustement " a " ni de bases de calcul des honoraires en cas de concours et de mandats d'études parallèles. Les pouvoirs adjudicateurs ne doivent désormais plus se fonder sur les tarifs indiqués autrefois dans ces recommandations dans le cadre de la passation de leurs marchés publics.

Le canton de Vaud, par l'intermédiaire du Centre de compétences sur les marchés publics (CCMP) encourage de diverses manières les adjudicateurs vaudois – et en particulier ceux de l'administration cantonale – à mettre en œuvre ces moyens d'action. Par le biais de communications régulières (sous forme de recommandations ou d'articles par exemple), de formations ou de conseils personnalisés, le CCMP veille à une application conforme du droit des marchés publics et notamment des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail. Enfin, le Département des

infrastructures et des ressources humaines peut intervenir sur dénonciation en cas de violation des règles régissant les marchés publics, y compris les dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail.

- **Le Canton peut-il intervenir pour défendre des tarifs corrects au niveau fédéral (OFROU et CFF) pour les chantiers se déroulant sur son territoire et encourageant les bonnes pratiques vaudoises en matière de marchés publics.**

Les marchés publics de la Confédération sont soumis à la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et à son ordonnance d'application (OMP) qui, à l'instar des législations cantonales et intercantionales, transposent les engagements internationaux de la Suisse (Accord GATT/OMC du 15 avril 1994, AMP) en droit interne. La loi fédérale sur les marchés publics règle les seuls marchés de la Confédération de ses entités proches, à l'exclusion des marchés des entités inférieures (cantons, communes, collectivités assumant des tâches cantonales ou communales). Les marchés de la Confédération tels que ceux de l'OFROU ou des CFF sont par conséquent soumis au droit fédéral et ce, quel que soit leur lieu d'exécution en Suisse.

Comme rappelé plus haut, les pouvoirs adjudicateurs, qu'ils soient communaux, cantonaux ou fédéraux, définissent les critères d'adjudication du marché au regard des besoins qui sont les leurs. Ils disposent d'une grande liberté d'appréciation dans cet exercice, sous réserve du respect des principes fondamentaux du droit des marchés publics. Cette liberté d'appréciation s'étend également à la détermination de la pondération retenue pour chaque critère. Pour ces motifs, le Canton de Vaud n'a pas de marge de manœuvre pour intervenir dans la mise en œuvre des marchés publics de la Confédération. On relève cependant que les adjudications de prestations d'ingénieurs par l'OFROU et les CFF à des tarifs très bas ont été largement dénoncées à tous les niveaux. Enfin, il convient de relever que, si les pouvoirs adjudicateurs peuvent influencer le poids du critère prix en rapport avec les critères qualités de l'offre, ils ne peuvent avoir d'influence directe sur les tarifs que décident de proposer les soumissionnaires.

En l'état, et comme rappelé à la question II, il n'existe aucune convention collective de travail pour les architectes et les ingénieurs. Partant, les bureaux soumissionnaires ne sont soumis au respect d'aucun salaire minimum pour ces professions.

En conclusion, on rappelle que les pouvoirs adjudicateurs disposent d'une grande la marge de manœuvre dans la délimitation et la pondération des critères des marchés qu'ils souhaitent mettre en soumission et qu'il est indispensable que ceux-ci l'utilisent afin de renforcer une répartition plus équilibrée du poids conféré aux critères qualitatifs par rapport au critère du prix.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 15 novembre 2017.

La présidente :

N. Gorrite

Le chancelier :

V. Grandjean