

REPONSE DU CONSEIL D'ETAT

à l'interpellation Catherine Labouchère et consorts - Marchés publics en 2018, où en est-on dans la poursuite de la simplification et la diminution de la charge administrative des procédures ?

Rappel de l'interpellation

En 2014, tant le député Frédéric Borloz que moi-même avons déposé des interpellations concernant les problèmes liés aux marchés publics (interpellations 14 INT 285 et 14 INT 293) soulevant différentes critiques liées notamment aux procédures en demandant s'il n'était pas possible de les simplifier et de diminuer la charge administrative.

Dans les réponses il était notamment indiqué que :

- *La législation fédérale sur les marchés publics ne s'applique pas aux marchés organisés par les pouvoirs adjudicateurs du canton de Vaud*
 - *Que le canton suivrait la ligne de la révision du projet d'Accord intercantonal (P-AIMP) induit par la révision de l'Accord international sur les marchés publics (AMP révisé)*
 - *Que le processus d'adoption du P-AIMP suivait son cours avec une adoption planifiée en 2017*
- Simplifier et diminuer la charge administrative des procédures de marchés publics devrait être l'un des thèmes prioritaires du Conseil d'Etat dans ce domaine critiqué, tant par les pouvoirs adjudicateurs, au niveau cantonal et communal, que par les soumissionnaires.*

La récente action de l'Etat en ce qui concerne le respect des aspects sociaux dans les marchés publics est un exemple à poursuivre, puisqu'au travers d'un guide pratique (distribué en avril dernier à tous les députés lors d'une séance du Grand conseil) tout pouvoir adjudicateur pourra s'y référer et facilement mettre en œuvre les différentes mesures proposées. Ainsi, le but d'uniformiser la pratique pourrait être atteint.

Rappelons-le, ce guide est le fruit d'un partenariat entre le Centre de compétences sur les marchés publics du canton de Vaud, la section vaudoise de la Société des ingénieurs et des architectes (SIA-VD) et la Fédération vaudoise des entrepreneurs (FVE) dans le cadre du Groupe vaudois pour des marchés publics éthiques. Ce groupe réunit tous les acteurs principaux du secteur vaudois de la construction et qui est l'auteur de la charte éthique vaudoise des marchés publics.

Il serait judicieux de poursuivre ce partenariat sur d'autres thèmes des marchés publics dans tous les secteurs. Citons, à titre d'exemple, la définition des critères d'adjudication et leurs pondérations, notamment celui du prix. Dans ce sens, l'Etat pourrait soutenir les pouvoirs adjudicateurs qui en font la demande et plus particulièrement, les communes et les associations de communes et les organisateurs de procédures afin que ces derniers puissent tirer profit des compétences des services de l'Etat et plus largement, des membres du Groupe vaudois pour des marchés publics éthiques. C'est, en effet souvent dans la construction que, des améliorations sont attendues, même si tous les secteurs, comme rappelé plus haut, souhaitent une meilleure définition des critères d'adjudication et de pondération. Cela permettrait également de mettre à jour les données publiées sur la plateforme de communication des marchés publics (Simap). Une récente étude du prof Matthias Stürmer de l'Université de Berne a démontré que les cantons pouvaient encore progresser dans leur communication dans ce domaine.

A ce titre, les questions suivantes sont posées au Conseil d'Etat :

- *Les communes et les associations de communes ainsi que les organisateurs de procédures pourront-ils bénéficier, à l'avenir, des compétences des services de l'Etat et plus largement, des membres du Groupe vaudois pour des marchés publics éthiques dans le domaine des marchés publics afin de simplifier et diminuer la charge administrative des procédures ?*
- *Le cas échéant, quels moyens sont prévus à cet effet ?*
- *Où en est l'application d'adoption par le canton du processus P-AIMP avec quelles nouveautés ?*

Réponse du Conseil d'Etat

1) Les communes et les associations de communes ainsi que les organisateurs de procédures pourront-ils bénéficier, à l'avenir, des compétences des services de l'Etat et plus largement, des membres du Groupe vaudois pour des marchés publics éthiques dans le domaine des marchés publics afin de simplifier et diminuer la charge administrative des procédures ?

Oui, comme aujourd'hui déjà, les communes et les mandataires privés engagés par les collectivités publiques continueront de bénéficier à l'avenir des compétences des services de l'Etat de Vaud dans le domaine des marchés publics afin de simplifier et de diminuer la charge administrative de leurs procédures. Conscient de la technicité de la matière des marchés publics et des difficultés que peuvent rencontrer les collectivités dans l'application de ce droit, l'Etat de Vaud a mis en place, depuis plusieurs années déjà, différentes mesures à l'attention des pouvoirs adjudicateurs communaux et des organisateurs de procédures.

Parmi ces mesures, on citera en particulier la mise à disposition de modèles de documents, que les pouvoirs adjudicateurs communaux et les organisateurs de procédures peuvent librement reprendre pour leurs marchés, facilitant ainsi l'établissement de leurs documentations d'appel d'offres. Mais il convient aussi de mentionner entre autres l'assistance juridique assurée par le Centre de compétences sur les marchés publics (CCMP-VD), la diffusion d'informations relatives aux marchés publics par le biais du site internet de l'administration cantonale, la publication de chroniques périodiques à l'attention des communes ou encore la mise en place de cours de formation.

Ainsi, comme mentionné ci-dessus, dans le but de simplifier la tâche des pouvoirs adjudicateurs communaux et des organisateurs de procédures, les grilles de critères ainsi que les méthodes d'évaluation et de notation utilisées par les services de l'Etat pour leurs propres procédures sont mises à disposition gratuitement sur le site internet de l'administration cantonale. Ceux-ci sont donc libres de reprendre ces documents pour leurs marchés ou de simplement s'en inspirer. Ces documents sont modifiés et adaptés au gré des « avancés » dans le domaine des marchés publics. A titre d'exemple, l'Etat de Vaud a récemment introduit une nouvelle méthode linéaire de notation du prix (la méthode T200), qui permet de limiter l'écart de notation entre l'offre la moins chère et les offres présentant un prix plus élevé de manière à valoriser davantage les critères qualitatifs dans l'évaluation des offres.

Le site internet de l'Etat de Vaud héberge le Guide romand pour les marchés publics édité par la Conférence romande des marchés publics (CROMP). Connu et utilisé par la grande majorité des pouvoirs adjudicateurs vaudois et donc communaux, ce guide est accessible gratuitement à tout un chacun sur les pages internet de l'administration cantonale. Il contient un ensemble de recommandations (sous la forme d'annexes) et de modèles qui tiennent compte de la pratique, de la jurisprudence et des textes législatifs des cantons romands. Ces annexes peuvent servir de base pour la rédaction des documents d'appel d'offres et permettent de se familiariser avec la matière en rappelant les fondamentaux de celle-ci. A relever que le Guide romand fait actuellement l'objet d'une révision et que le canton de Vaud y participe de manière proactive.

Toujours par le biais de ses pages internet, l'Etat de Vaud diffuse également de nombreuses informations relatives aux marchés publics, notamment les actualités dans ce domaine et une foire aux questions (FAQ), ainsi que des modèles d'actes (clause pénale type, voies de recours, etc.) et des recommandations. Le site internet a au demeurant été mise à jour et complété au début de l'année 2018. Une nouvelle rubrique relative aux aspects sociaux et environnementaux dans les marchés publics a été ajoutée. Son but est de renseigner les pouvoirs adjudicateurs sur leur marge de manœuvre quant à la prise en compte du développement durable dans la passation de leurs marchés. Cette rubrique contient d'ailleurs un lien vers la Charte éthique vaudoise des marchés publics signée par tous les partenaires du secteur de la construction dans le canton de Vaud et le Guide pratique pour le respect des aspects sociaux cité comme exemple d'outil de simplification bienvenu par l'interpellante. Très utilisé et faisant fréquemment l'objet de retours positifs de la part des utilisateurs, le site internet continuera d'être adapté au gré des nouveautés touchant les marchés publics.

L'Etat de Vaud a en outre créé il y a plusieurs années de cela le Centre de compétences sur les marchés publics (CCMP-VD). Ce dernier se charge entre autres de répondre à des questions juridiques d'ordre général. Pas moins de 260 demandes ont ainsi été traitées en 2018, dont une grande partie provenait de pouvoirs adjudicateurs communaux et d'organismes de procédures mandatés par une collectivité publique. Le CCMP-VD s'emploie aussi à établir des recommandations écrites librement accessibles sur le site internet de l'administration cantonale, à l'instar de celles portant sur la modalité du gré à gré comparatif. L'Etat de Vaud continuera dans le futur de doter cette entité des moyens suffisants pour qu'elle puisse pleinement assurer ses tâches actuelles.

Depuis 2012, les communes peuvent lire quatre fois par an la chronique des marchés publics, qui paraît dans le périodique « Canton-Communes ». Cette chronique présente des problématiques rencontrées par les pouvoirs

adjudicateurs communaux ou par leurs mandataires dans le cadre de l'application des marchés publics. Elle vise à les sensibiliser sur certains aspects particuliers dans ce domaine. L'ensemble des chroniques des marchés publics sont disponibles sur le site internet de l'Etat.

Pour le surplus, l'Etat de Vaud propose trois fois par années deux cours de formation sur les marchés publics d'une journée chacun auprès du Centre d'éducation permanente (CEP). Ceux-ci sont ouverts aux membres des collectivités publiques.

Enfin, comme le relève à juste titre l'interpellante, l'Etat de Vaud a œuvré à la mise en place d'un guide pratique pour le respect des aspects sociaux. Pour rappel, ce guide est le fruit de la collaboration entre l'Etat de Vaud, des associations de communes, d'organisations professionnelles (SIA, UPIAV, ACVIE, etc.) et du syndicat UNIA, qui constituent le Groupe vaudois pour des marchés publics éthiques. Les objectifs de ce guide sont de prévenir les problèmes de travail au noir, de sous-enchère salariale, de dumping sur les prix et de sous-traitance en cascade sur les chantiers publics. L'Etat de Vaud ne peut malheureusement pas se prononcer au nom du Groupe vaudois pour des marchés publics éthiques quant à ses futures actions.

L'Etat de Vaud est sensible aux problèmes que peuvent rencontrer les pouvoirs adjudicateurs communaux et leurs mandataires dans la mise en place et le suivi de leurs procédures marchés publics. Il s'efforce ainsi, notamment au travers des mesures susmentionnées, de simplifier et de diminuer la charge administrative que représente pour ces derniers l'organisation d'une procédure de marchés publics. L'Etat de Vaud se montre en outre depuis de nombreuses années proactif dans ce domaine, cela dans le but d'offrir aux pouvoirs adjudicateurs communaux et aux organisateurs de procédures le soutien et les instruments nécessaires à la mise en œuvre de leurs marchés publics. Sa démarche s'inscrit dans la continuité, puisqu'il garantit que ces prestations leur soient toujours accessibles à l'avenir. Il n'en demeure pas moins qu'à l'instar d'autres branches du droit, le droit des marchés publics demeure une matière technique caractérisée par la défense des différents intérêts en jeu. Comme nous le verrons toutefois ci-après (cf. réponse à la question no 3), la révision du droit en cours s'inscrit pleinement dans la démarche d'harmonisation et de simplification souhaitée par l'interpellante.

2) Le cas échéant, quels moyens sont prévus à cet effet ?

Nous nous permettons de renvoyer sur ce point à la réponse donnée à la première question.

3) Où en est l'application d'adoption par le canton du processus P-AIMP avec quelles nouveautés ?

Le processus de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (P-AIMP) a pris du retard du fait des travaux parlementaires au niveau de la Confédération. Pour rappel, en raison de la procédure législative fédérale et de l'harmonisation souhaitée entre le texte fédéral et le texte intercantonal, les cantons ont décidé d'attendre le passage de la loi fédérale sur les marchés publics devant les chambres fédérales avant de poursuivre les travaux de l'AIMP révisé.

Le projet de loi fédérale (P-LMP) est passé au vote sur l'ensemble devant le Conseil national en date du 13 juin 2018. Il a fait l'objet de plusieurs amendements. Le Conseil des Etats a, pour sa part, procédé au vote sur l'ensemble en date du 10 décembre 2018. De nouveaux amendements ont également été adoptés. Depuis lors, une procédure d'élimination des divergences entre les deux chambres a débuté. Le 28 janvier 2019, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) s'est prononcée sur les différents points faisant l'objet de divergences avec le Conseil des Etats. Le Conseil national examinera ces différents points en plénum le 7 mars prochain. A noter qu'il est possible de prendre connaissance de tous les amendements adoptés par les deux chambres fédérales en consultant le site de l'Assemblée fédérale (www.parlament.ch ; il s'agit de l'objet 17.019 du Conseil fédéral).

Une fois la loi fédérale adoptée, ce qui devrait être le cas lors de la session d'été 2019, les cantons pourront reprendre leurs travaux concernant l'AIMP révisé. Selon toute vraisemblance, la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) devrait pouvoir adopter le message-type de l'AIMP révisé au cours de l'année 2019. Le processus d'adoption du nouvel accord par les différents cantons pourrait alors débuter au plus tôt à la fin de l'année 2019.

Dans ce contexte, le Conseil d'Etat rappelle qu'il était globalement favorable à l'avant-projet d'AIMP mis en consultation et qu'il avait souligné que celui-ci devait mieux prendre en compte la célérité des procédures de recours, en tous les cas pour certains marchés. Il avait ainsi proposé de nouvelles dispositions afin d'accélérer le déroulement des procédures judiciaires lorsqu'elles concernent des marchés s'inscrivant dans la réalisation de projets d'intérêt public. Le Conseil d'Etat confirme aujourd'hui à ce sujet la position exprimée en 2015 lors de sa réponse à une précédente interpellation de Mme la Députée Labouchère.

Les communes ont été sensibilisées aux avancées du processus d'adoption du P-AIMP en fin d'année passée à travers la publication d'une chronique dans le périodique « Canton-communes ». Cet article, qui date de décembre 2018, est disponible sur le site internet de l'Etat de Vaud.

Dans l'essentiel, l'harmonisation parallèle entre le droit intercantonal et le droit fédéral constitue la principale nouveauté de la révision du droit des marchés publics. Elle apparaît comme une mesure de simplification pour l'ensemble des acteurs de ce domaine. La révision entend offrir aux pouvoirs adjudicateurs et aux soumissionnaires la plus grande marge de manœuvre possible – dans les limites du respect des principes du droit des marchés publics – et encourage le recours aux technologies de l'information modernes dans le domaine des marchés publics. Le but est d'ouvrir au maximum le champ des possibles en ce qui concerne les développements en matière de marchés publics, par exemple dans le domaine de l'acquisition de prestations intellectuelles. Ainsi, des instruments tels que les marchés complémentaires, le dialogue entre adjudicateurs et soumissionnaires, la possibilité, utilisée depuis longtemps en pratique, de conclure des contrats-cadres (servant de base à la conclusion de contrats subséquents) ont été inscrits dans le projet de révision. L'harmonisation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics permettra aux soumissionnaires de standardiser davantage leurs processus de présentation des offres. Par ailleurs, ils peuvent s'attendre à ce que la charge de travail liée à l'éclaircissement des points obscurs diminue, notamment grâce à une jurisprudence qui sera sans doute plus homogène et à la clarté accrue des bases légales. Certaines dispositions visent directement à réduire le travail administratif des soumissionnaires. Ainsi, il est prévu que les adjudicateurs pourront demander que les preuves liées aux conditions de participation (telle qu'une garantie bancaire) ne soient remises qu'à un stade ultérieur de la procédure (cf. art. 26, al. 3 et 27, al. 3 du projet de révision). Le renforcement du recours aux technologies modernes de l'information, notamment la plateforme Internet commune à la Confédération et aux cantons (simap.ch) devrait également réduire les charges administratives supportées par les soumissionnaires. La révision des législations en matière de marchés publics vise à simplifier également le travail des adjudicateurs. Le droit des marchés publics doit en effet non pas compliquer, mais faciliter l'exécution de la tâche principale des adjudicateurs, à savoir la réalisation d'acquisitions. Il faut toujours garder cela à l'esprit lors de la mise en œuvre et de l'application des dispositions du droit des marchés publics : celles-ci doivent être appliquées de manière pragmatique, afin d'atteindre une simplification des procédures (cf. Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, p. 20 et suivantes).

Parmi les autres nouveautés importantes, on peut encore citer le rallongement des délais de recours de 10 à 20 jours, afin de donner davantage de temps aux soumissionnaires pour préparer la défense de leurs droits. Cette modification a aussi un impact positif pour les pouvoirs adjudicateurs, puisqu'ils disposeront d'une plus longue période pour expliquer aux entreprises évincées le résultat de la procédure, ce qui contribuera à diminuer le risque de recours. A relever enfin les améliorations en termes de simplicité d'utilisation, de clarté et de sécurité juridique que la révision du droit des marchés publics entend apporter aux praticiens (cf. Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, p. 5).

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 3 avril 2019.

La présidente :

N. Gorrite

Le chancelier :

V. Grandjean