REPONSE DU CONSEIL D'ETAT

à l'interpellation Georges Zünd et consorts –
De quels moyens de contrôle disposent les pouvoirs adjudicateurs et l'Etat après l'adjudication de marchés publics, en particulier sur les sous-traitants ?

Rappel de l'interpellation

Dans le cadre de l'adjudication de grands chantiers ou projets soumis à la législation et à la réglementation des marchés publics, il est fréquent que les pouvoirs adjudicateurs du canton, en particulier ce dernier et ses départements, adjugent des marchés ou des lots à des entreprises générales ou totales. S'il n'est pas contesté que cette manière de procéder permet à l'adjudicateur de s'économiser une quantité considérable de travail, notamment dans le suivi des chantiers et la gestion administrative et financière des sous-traitants, il n'en demeure pas moins que ce modèle d'affaires peut causer un certain nombre de problèmes et plus particulièrement dans le choix des sous-traitants. Les difficultés commencent au moment de l'évaluation des offres. Trop souvent encore, bon nombre d'adjudicateurs ont tendance à attribuer le marché au soumissionnaire qui a présenté l'offre la moins chère et non celle qui présente le meilleur rapport qualité-prix. A ce stade-là déjà, la marge bénéficiaire, voire la marge brute, du soumissionnaire est fortement limitée, ce qui a pour conséquence de l'inciter fortement à recourir à des sous-traitants dont les prix sont très inférieurs à ceux, moyens, du marché suisse, parce que, le plus souvent, ils ont leur siège dans un pays où le niveau de vie (fournitures, salaires, etc.), mais aussi celui de la qualité de la formation professionnelle et ses mesures de sécurité, sont très en deçà des standards suisses. Ces sous-traitants sont souvent pris à défaut en cas de contrôles, parce qu'ils ne respectent pas les conditions minimales de salaire et de travail, les normes de sécurité et les règles de l'art, et plus particulièrement, les standards de qualité suisses. En sus de ces problèmes, il est apparu dans de nombreux cas que les matériaux utilisés avaient voyagé sur des milliers de kilomètres, ce qui pose évidemment des questions quant à l'impact sur l'environnement, au surplus, à l'heure où paradoxalement le Canton de Vaud encourage les manifestations pour la transition écologique.

Récemment, les médias se sont fait l'écho de nouveaux problèmes rencontrés dans le contexte décrit ci-dessus, à Zurich tout d'abord s'agissant d'un chantier des CFF, mais plus près d'ici sur le site de Cery, à Prilly. Dans ce contexte, il est utile de rappeler que le Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV) a adjugé trois marchés publics à l'entreprise HRS Real Estate AG pour un montant total de plus de CHF 333'247'823.- (construction du nouvel hôpital psychiatrique, hôpital des enfants et sciences de la vie au Biopôle). Dans le cadre de la construction de l'hôpital psychiatrique, de graves malfaçons ont été commises par une entreprise étrangère dans le cloisonnement pour la protection incendie, laquelle ne répond même pas aux normes incendie ! Il n'est pas à exclure que les modifications demandées par l'adjudicateur ne génèrent des frais supplémentaires, même si l'entreprise totale a assuré prendre en charge la totalité des surcoûts, et il est déjà acquis que cela créera des retards dans la livraison de l'ouvrage. Autre exemple : les portes de la prison de la Colonie (Orbe) qui doivent être changée quelques années à peine après avoir été installées.

Fondé sur ce qui précède, j'ai l'honneur de poser au Conseil d'Etat les questions suivantes :

1. Quels sont les outils de contrôle dont disposent le Conseil d'Etat respectivement ses départements, ses services et les entités paraétatiques pour contrôler les sous-traitants auxquels ont recours les entreprises générales ou totales adjudicataires de marchés publics ?

2. Quelles sont les mesures existantes ou que le Conseil d'Etat entend mettre en œuvre pour contrôler, voire imposer ou refuser certains sous-traitants ?

3. Le Conseil d'Etat, qui a signé récemment une charte éthique sur les marchés publics, ne devrait-il pas intégrer comme axe déontologique le contrôle des sous-traitants notamment à I'aune du respect des conditions minimales de salaire, de travail et de sécurité ?

4. Parmi les pistes de réflexion, le Conseil d'Etat ne devrait-il pas envisager à terme d'instituer un véritable droit de regard sur les adjudicateurs dans le contexte de la sous-traitance, par exemple dans la réglementation cantonale, des directives ou des contrats-type ?

Réponse du Conseil d'Etat

Préambule
A titre préliminaire il convient de rappeler qu'en application de l'accord intercantonal sur les marchés publics et de la législation vaudoise (cf. art. 13, al. 1, let. f AIMP ; art. 6, al. 1, let. fter LMP-VD et art. 37, al. 1 RLMP-VD) tout marché public est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, soit celle présentant le meilleur rapport prix-prestation (offre la mieux-disante). Mis à part pour des biens largement standardisés, un pouvoir adjudicateur ne peut ainsi se fonder exclusivement sur les prix déposés par les soumissionnaires pour adjuger un marché, et ce tant en procédure sur invitation qu'en procédure ouverte ou sélective. Cette règle centrale du droit des marchés publics à l'instar du fondement même des marchés publics, vise à assurer la bonne utilisation de l'argent du contribuable et permet d'éviter les ententes cartellaires qui se forment au détriment des finances publiques. Les services adjudicateurs de l'Etat de Vaud utilisent pour leurs marchés une grille de critères comprenant, outre le prix qui est un critère obligatoire, un critère relatif à l'organisation du soumissionnaire pour l'exécution du marché, un critère relatif à la qualité technique de l'offre, un critère relatif aux références et un critère relatif à l'organisation du soumissionnaire qui prend en compte différents sous-critères à l'exemple de la contribution du soumissionnaire aux aspects sociaux et environnements du développement durable, la formation des apprentis. La pondération des différents critères varie en fonction des exigences qualitatives du marché et de la nature des prestations à acquérir. Selon les barèmes d'évaluation applicables aux services adjudicateurs de l'Etat, la pondération du critère du prix pour des marchés de travaux oscille entre 70% (+/- 10) pour des travaux sans exigence qualitative particulière et 50% (+/- 10) pour des travaux à hautes exigences qualitatives. Pour des marchés organisés en entreprise totale à l'instar de ceux organisés par la DGIP et par le CHUV, la pondération du critère du prix oscillait entre 27% et 50% (Maison de l'environnement 30%, Gymnase de Burier 45%, Gymnase de la Broye 30%, Hôpital psychiatrique de Cery 50%).

Les marchés de l'administration cantonale sont ainsi toujours adjugés à l'offre qui remporte le plus de points sur l'ensemble des critères évalués et ce ne sont pas systématiquement les entreprises qui présentent les offres les moins chères qui remportent les marchés. A titre d'exemples, sur les quatre principaux marchés organisés en entreprise totale ou générale par le CHUV (Bloc opératoire, Hôpital de Cery, Hôpital des enfants, Sciences de la vie), seul un marché a été adjugé à l'offre la moins chère. Du côté de la DGIP, sur les trois marchés en entreprise totale attribués ces deux dernières années (Maison de l'environnement, Gymnase de Burier et Gymnase de la Broye), seul un marché a été adjugé à l'entreprise ayant présenté l'offre la moins chère.

Selon l'interpellant, certains soumissionnaires n'hésitent pas à recourir à des sous-traitants dont les prix sont très inférieurs à ceux du marché suisse parce qu'ils ont leur siège dans un pays où le niveau de vie est très en-deçà des standards suisses. Le Conseil d'Etat est conscient de cette problématique et impose à ses services adjudicateurs, à travers une directive interne, toute une série de mesures destinées à lutter efficacement contre les dérives de la sous-traitance. Il tient cependant à rappeler que les pouvoirs adjudicateurs ne seraient pas en droit d'interdire le recours à des sous-traitants étrangers. Une telle interdiction serait incompatible avec le principe d'interdiction des discriminations consacré par le droit des marchés publics et contraire à la garantie constitutionnelle de la liberté économique.

De plus, il relève, au premier plan, de la responsabilité des entreprises soumissionnaires de choisir des sous-traitants conformes pour exécuter les prestations qu'elles ne peuvent ou ne souhaitent pas exécuter elles-mêmes. Les pouvoirs adjudicateurs ont certes un rôle à jouer à cet égard et peuvent effectuer ou faire effectuer un certain nombre de contrôles pour éviter que des entreprises non conformes participent à des chantiers publics mais ils ne décident pas à la place des entreprises soumissionnaires de recourir à des prestataires d'ici ou d'ailleurs.

Au demeurant, le recours à de la sous-traitance étrangère évoquée par l'interpellant ne se vérifie pas toujours. Ainsi, pour le chantier de l'Hôpital de Cery, les 115 sous-traitants annoncés sont des entreprises ou des bureaux suisses.

S'agissant enfin des problèmes rencontrés dans le cadre de la construction de l'Hôpital psychiatrique de Cery et rappelés par l'interpellant, il y a lieu de préciser que les entreprises en charge du cloisonnement coupe-feu n'étaient pas étrangères mais bien suisses et que les principaux manquements viennent de la gestion et de la direction du chantier qui n'a pas pris le temps et les dispositions nécessaires pour corriger les non-conformités annoncées. L'entreprise HRS (adjudicataire) s'est engagée à réaliser les corrections, à sa charge, le plus rapidement possible et à fournir les preuves que les défauts ont été corrigés (cf. à ce sujet communiqué de presse du CHUV du 26 février 2019). Des pénalités de retard sont enfin prévues dans le contrat conclu avec l'entreprise HRS.

Réponses aux questions

1. Quels sont les outils de contrôle dont disposent le Conseil d'Etat respectivement ses départements, ses services et les entités paraétatiques pour contrôler les sous-traitants auxquels ont recours les entreprises générales ou totales adjudicataires de marchés publics ?

Les outils de contrôle sont les suivants : il est exigé de la part des soumissionnaires qu'ils annoncent leurs sous-traitants potentiels au moment du dépôt des offres à des fins de contrôle. Il est parfois renoncé à l'application de cette exigence au stade du dépôt des offres dans le cadre des marchés organisés en entreprise générale ou totale lorsqu'un laps de temps important sépare le moment de la remise des offres de celui de l'exécution des travaux sous-traités. Dans ces cas toutefois, les sous-traitants sont annoncés et contrôlés avant leur intervention sur le chantier. Le recours à la sous-traitance est réglementé dans les documents d'appel d'offres en indiquant, en règle générale, pour quel type de prestations la sous-traitance est autorisée et en rappelant que tout sous-traitant doit être soumis à l'approbation préalable du maître d'ouvrage. L'interdiction du recours à la sous-sous-traitance est également dûment rappelée dans les documents d'appel d'offres. Dans le cadre des marchés en entreprise totale précités (Maison de l'environnement, Gymnase de Burier et Gymnase de la Broye), la documentation d'appel d'offres précisait également que *« Chaque sous-traitant non mentionné lors de la signature du contrat ou pendant l'exécution du marché sera refusé »* et que *« Le soumissionnaire répond solidairement du manquement de ses sous-traitants, en particulier pour ce qui est de leurs obligations comme employeurs à l'égard de leur personnel. Il accepte les clauses contractuelles relatives aux peines conventionnelles. »*

En application de l'art. 44 RLMP-VD et conformément à la directive Druide interne sur les marchés publics, les services adjudicateurs de l'Etat délèguent aux commissions professionnelles paritaires les contrôles en matière de respect des conventions collectives de travail des sous-traitants proposés par les soumissionnaires lors du dépôt de leur offre durant la procédure marché public. Suivant les pratiques, seules les trois entreprises les mieux classées à l'issue de l'évaluation sont invitées à fournir la liste de leurs sous-traitants potentiels pour contrôle avant la décision d'adjudication. Suivant les pratiques encore, outre un premier contrôle effectué au moment de la remise des offres, un nouveau contrôle des sous-traitants est effectué juste avant le prononcé de la décision d'adjudication du marché. En plus de ces contrôles, les services adjudicateurs vérifient que les entreprises annoncées ne font pas l'objet d'une exclusion des marchés publics conformément aux deux listes noires tenues par le Secrétariat d'Etat à l'économie (liste LTN et liste LDét). En cas de doute sur l'un ou l'autre sous-traitant proposé, le pouvoir adjudicateur réclame des précisions et, s'il n'est pas satisfait des réponses, signale au soumissionnaire que le sous-traitant en cause n'est pas accepté. Enfin, les entreprises soumissionnaires déposent obligatoirement plusieurs engagements sur l'honneur au dépôt des offres pour certifier qu'elles-mêmes et les sous-traitants qu'elles proposent sont en règle.

Une fois la décision d'adjudication intervenue et l'exécution du marché débutée, tout changement de sous-traitant par rapport à la liste préalablement annoncée et contrôlé, doit être obligatoirement annoncé et, une nouvelle fois soumis à l'examen des commissions professionnelles paritaires compétentes pour s'assurer qu'il est en règle avant d'être admis sur le chantier. En cas de changement de sous-traitant annoncé, l'adjudicateur ne va d'ailleurs pas uniquement s'assurer du respect des conditions fixées par une convention collective de travail applicable en consultant les commissions professionnelles paritaires, mais va également s'assurer que le sous-traitant répond aux mêmes exigences de capacité que l'ancien sous-traitant proposé.

Sous l'angle du contrat conclu avec l'adjudicataire, là encore un certain nombre de dispositions sont prises afin de rappeler les obligations de l'adjudicataire à l'égard de ses sous-traitants et les sanctions encourues (peines conventionnelles) en cas de manquement. La liste des personnes occupées sur le chantier peut, à titre d'exemple, être demandée à tout moment par le maître d'ouvrage.

Enfin, des mécanismes destinés à contrôler le flux des personnes habilitées à travailler sur le chantier (tourniquet + badges) sont mis en place lorsque la nature du chantier et la configuration des lieux s'y prêtent. Depuis l'introduction de la carte professionnelle au début de l'année 2018, la DGIP la rend obligatoire sur tous les chantiers qu'elle supervise, qu'ils soient menés de manière traditionnelle ou en entreprise totale. Le CHUV rend les contrôles d'accès obligatoires sur tous les chantiers en entreprises générales ou totales.

Dans le cas particulier du chantier de Cery, la liste des sous-traitants potentiels n'a pas été soumise au contrôle des commissions professionnelles avant l'adjudication survenue en 2015. En phase d'exécution, les sous-traitants ont, en revanche, tous été contrôlés avant le début de leurs travaux respectifs sur le chantier. L'entreprise adjudicataire devait, dans ce cas précis, transmettre au maître d'ouvrage la preuve du contrôle effectué auprès de la Commission professionnelle paritaire et un engagement sur l'honneur signé devait être remis par chaque sous-traitant.

2. Quelles sont les mesures existantes ou que le Conseil d'Etat entend mettre en œuvre pour contrôler, voire imposer ou refuser certains sous-traitants ?
Le contrôle des sous-traitants est effectif sur tous les chantiers.
Plusieurs services adjudicateurs de l'Etat exigent désormais de l'entreprise adjudicataire et de ses sous-traitants qu'elles disposent d'un système de badge (carte professionnelle ou l'équivalent) sur leurs chantiers conformément au Guide pratique pour le respect des aspects sociaux. Le Conseil d'Etat est favorable à une généralisation de cette pratique à tous les marchés de travaux qui s'y prêtent.

3. Le Conseil d'Etat, qui a signé récemment une charte éthique sur les marchés publics, ne devrait-il pas intégrer comme axe déontologique le contrôle des sous-traitants notamment à l'aune du respect des conditions minimales de salaire, de travail et de sécurité ?
Les services adjudicateurs de l'Etat contrôlent déjà activement les entreprises (soumissionnaires et sous-traitants) sur leurs chantiers.

4. Parmi les pistes de réflexion, le Conseil d'Etat ne devrait-il pas envisager à terme d'instituer un véritable droit de regard sur les adjudicateurs dans le contexte de la sous-traitance, par exemple dans la réglementation cantonale, des directives ou des contrats-type ?
Le futur Accord intercantonal sur les marchés publics proposera un régime plus strict en matière de sous-traitance. La marge de manœuvre du Conseil d'Etat demeure à cet égard limitée. Il relève en effet de la responsabilité de chaque adjudicateur de prendre les mesures préventives et d'effectuer ou de faire effectuer les contrôles nécessaires à lutter efficacement contre les dérives de la sous-traitance.

Enfin, il ressort de la réponse donnée au point 1 ci-avant que les services adjudicateurs sont non seulement très concernés par les problématiques de la sous-traitance mais qu'ils effectuent déjà un grand nombre de contrôles pour prévenir et, cas échéant, sanctionner les infractions commises.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 22 janvier 2020.

La présidente :	Le chancelier :
N. Gorrite	*V. Grandjean*