canton de vaud
LIBERTÉ ET PATRIE

GRAND CONSEIL

MAI 2019

RC-MOT
(19_MOT_076)

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

Motion Didier Lohri et consorts - Aide à la création et maintien des places d'apprentissage

1. PRÉAMBULE

La commission nommée pour étudier cette motion s'est réunie le lundi 1er avril 2019, de 13h00 à 14h40 à la Salle Cité, Rue Cité-Devant 13, à Lausanne. Elle était composée de Madame la Députée Claire Attinger Doepper ainsi que de Messieurs les Députés Alexandre Berthoud (qui remplace Florence Gross), Arnaud Bouverat, Jean-Luc Chollet (qui remplace Werner Riesen), Fabien Deillon, Didier Lohri, Axel Marion et de la soussignée, confirmée dans le rôle de présidente-rapportrice. Monsieur Yvan Luccarini était excusé.
Ont également assisté à la séance : Madame Nuria Gorrite, cheffe du Département des infrastructures et des relations humaines (DIRH), Messieurs Michel Rubattel, secrétaire général du DIRH et Guerric Riedi, responsable de l'unité juridique et du Centre de compétences sur les marchés publics du canton de Vaud (CCMP).
Les notes de séances ont été prises par Monsieur Fabrice Lambelet, secrétaire de commissions parlementaires au Secrétariat général du Grand Conseil (SGC).

2. POSITION DU MOTIONNAIRE

L'auteur de la motion affirme que le Conseil d'État (CE) vise la création d'un millier de places de stages et d'apprentissage par année dans le canton. Or, lui-même, actif dans la formation professionnelle, relève que les entreprises ont des difficultés à assurer des places d'apprentissage et que les PME formatrices ne sont pas assez avantagées dans le cadre des marchés publics. Lors de l'attribution de mandats, elles doivent être aidées et doivent bénéficier davantage de leur rôle de formatrices d'apprentis dans les critères retenus par les procédures d'adjudication. Le motionnaire vise donc à modifier la loi vaudoise sur les marchés publics (LMP-VD), article 6, alinéa 1 pour y ajouter comme principe général la présentation de l'autorisation de former par les entreprises désireuses d'obtenir des mandats selon les règles des marchés publics. Le *Guide romand pour les marchés publics* (en révision depuis 2016) ne tient pas suffisamment compte de la spécificité du tissu des petites et moyennes entreprises (PME) formatrices. Dans des cantons romands et dans celui de Berne notamment, des règles ajoutées au guide permettent d'avantager ces entreprises dans l'attribution de mandats. Le poids de 5%, accordé au critère entreprise formatrice d'apprentis dans les critères d'aptitude à l'annexe Q des formulaires de soumission des marchés publics, est insuffisant.

3. POSITION DU CONSEIL D'ÉTAT

La Conseillère d'État rappelle que son département abrite le Service du personnel de l'État de Vaud (SPEV), employant quatre cents apprentis, et que selon le programme de législature 2017-2022, ce nombre sera augmenté à six cents. Elle souscrit à l'objectif de la motion d'augmenter le nombre de places d'apprentissage et d'employeurs qui offrent cette possibilité de formation. Toutefois, elle considère que l'outil proposé par la motion n'est pas pertinent sur le plan juridique :

- La LMP-VD vise à assurer des conditions de concurrence saine entre les acteurs et à garantir l'octroi du marché à l'entreprise qui propose le prix le plus pertinent et qui livrera un travail de qualité dans les délais selon les critères fixés par l'appel d'offres. La loi ne peut pas servir à contraindre l'économie ;
- Actuellement, le nombre d'apprentis effectivement employés par les entreprises figure parmi les critères d'évaluation à caractère social lors de l'attribution de points à une offre. Il n'y a aucune obligation à intégrer ce critère étranger au marché et sans lien avec la capacité à produire le travail. Quand il est évalué, il est vérifié le nombre d'apprentis formés dans les entreprises et le ratio entre le nombre de

postes d'apprentis et le nombre de postes des entreprises est considéré. La pondération du critère (5%) ne peut pas influencer le marché. Le Tribunal fédéral (TF) considère, en effet, que le caractère social ne peut pas modifier l'appréciation des prestations. La comparabilité des offres est fondamentale. Or, le nombre d'apprentis ne peut pas être utilisé sur le plan international ;

- Dans le cadre de la révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), le nouvel article 29, alinéa 2 prévoit la possibilité d'évaluer les offres en tenant compte des critères sociaux. Les barèmes d'évaluation du canton de Vaud doivent être utilisés dans tous les services selon les directives et règles à usage interne de l'État (DRUIDE). Les adjudicateurs ont l'obligation d'évaluer les offres en tenant compte des 5% de pondération en lien avec les critères sociaux ;
- La demande du motionnaire ne devrait pas être introduite dans la LMP-VD à l'article 6. Selon la Direction générale de l'enseignement postobligatoire (DGEP), vérifier qu'une entreprise peut former des apprentis est insuffisant. L'autorisation est délivrée pour six ans et renouvelable à trois conditions : l'entreprise dispose d'un formateur qualifié ; elle offre une activité qui couvre des domaines dans lesquels elle peut former des apprentis ; elle présente des conditions de formation adéquates. Toutefois, cela n'indique pas que l'entreprise forme bel et bien des apprentis, ni combien elle en forme. Demander l'attestation de former ne permettrait donc pas d'atteindre l'objectif de la motion et pourrait même provoquer des effets négatifs : des entreprises qui ne couvrent pas un champ de formation d'apprentis pourraient être exclues des marchés ;
- Le champ d'application de la motion est restreint. Les marchés ouverts à l'international sont exclus d'office. Pour les procédures de marchés de gré à gré ou sur invitation, le pouvoir adjudicateur est déjà libre de choisir qui il souhaite inviter au marché, il peut donc décider de choisir d'inviter uniquement des entreprises formatrices. En définitive, la règle prévue par le motionnaire ne s'appliquerait qu'aux marchés organisés en suivant une procédure ouverte ou sélective au niveau national, raison pour laquelle le champ d'application est, finalement, très restreint ;
- Une entreprise exclue d'un marché par la disposition voulue par la motion aurait des chances de gagner en recours, puisque le TF casse ce type de contraintes. Les recours s'ajouteraient aux difficultés procédurales actuelles des projets publics.

En conclusion, la Conseillère d'État comprend la logique du motionnaire, mais considère que l'outil légistique n'est pas adéquat, car en contradiction avec le droit international et pourrait donner lieu à de nombreux recours.

4. DISCUSSION GÉNÉRALE

Pour le motionnaire, l'autorisation de former des apprentis importe plus que la pondération de 5%. Dans la procédure de gré à gré, il faut introduire l'aspect sur l'autorisation de former. Pourquoi les cantons de Berne, de Genève et du Valais, à la différence du canton de Vaud, parviennent-ils, avec le *Guide romand pour les marchés publics*, à des choses qui ne sont pas contestées ? Il s'est inspiré de l'article 33 du Règlement genevois sur la passation des marchés publics (RMP) pour la rédaction de sa motion, afin qu'au moment du dépôt du dossier, la réflexion soit menée sur l'autorisation de former. La règle genevoise n'a pas été remise en question. Le motionnaire relève également que les communes et les entreprises n'agissent pas toujours dans cet esprit, car leur marge d'appréciation est large. Il souhaite que les communes soient sensibilisées à la question et que le message soit plus explicite dans le règlement d'application.

La Conseillère d'État répond que l'encouragement à former des apprentis doit passer par d'autres dispositions que la LMP-VD. Le critère d'évaluation existe déjà avec le ratio du nombre d'apprentis/nombre d'employés, qui avantage les PME et qui peut influencer les adjudicateurs.

Le responsable de l'unité juridique explique que l'article 24 du règlement vaudois ne diffère pas fondamentalement de l'article 33 du règlement genevois. Selon la disposition vaudoise : « *L'adjudicateur définit des critères d'aptitude objectifs et les preuves à apporter pour l'évaluation de l'aptitude des soumissionnaires* ». L'article genevois reprend cet élément et ajoute des exemples concrets de ce que l'article vaudois désigne comme « *preuves à apporter* (…)» : l'autorité peut exiger des soumissionnaires des justificatifs attestant leur capacité dans une série de domaines, tels qu'une déclaration indiquant l'effectif de la main-d'œuvre permanente et le nombre d'apprentis. Cette attestation relève d'un critère d'aptitudes à la différence du canton de Vaud qui considère le critère de la formation d'apprentis comme un critère d'adjudication étranger au marché. Dans les deux règlements, le critère en lien avec les apprentis peut être

pris en compte. Seul le critère du prix est obligatoire dans l'appel d'offres que le pouvoir adjudicateur rédige. Pour les autres critères, il bénéficie d'une liberté d'appréciation selon la configuration du marché.

La Conseillère d'État indique que le gouvernement pourrait étudier quels articles pourraient rendre cette question plus compréhensible pour les communes et pour les mandataires. Les municipalités se trouvent souvent démunies face à la complexité des choses. Les communes s'appuient alors sur des mandataires qui les induisent parfois en erreur. Ajouter, dans le règlement, un exemple dans la liste des documents à fournir ne va pas transformer les communes en spécialistes des marchés publics. Il faut sensibiliser les communes à la nécessité de se former à l'arsenal juridique auquel elles doivent se soumettre et maîtriser. Elles peuvent faire appel aux instances faîtières et s'adresser au CCMP ; tous les documents propres à l'État sont partagés avec les communes. Or, souvent, ces dernières réinventent des procédures au lieu d'utiliser les documents existants.

Dispositif légal international, fédéral et cantonal des marchés publics

Le responsable de l'unité juridique explique que la clé de voûte du dispositif légal international, fédéral et cantonal est constituée par l'Accord General Agreement on Tariffs and Trade – Organisation mondiale du commerce (GATT/OMC) du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP) et l'accord bilatéral entre la Suisse et l'Union européenne (UE). En raison des compétences qui ressortent de la Constitution fédérale, les cantons ont transposé les exigences découlant de ces deux accords en l'AIMP et en directives d'exécution. Chaque canton a repris ces règles pour édicter leur législation cantonale. Les entités fédérales ont inscrit ces règles dans la LMP et son ordonnance d'application, qui s'appliquent uniquement aux services de l'administration, aux écoles polytechniques fédérales, aux Chemins de fer fédéraux (CFF), à la Poste, etc.

Avec la révision de l'accord OMC/GATT en 2012, les cantons et la Confédération ont transposé les nouvelles règles dans le droit fédéral et l'accord intercantonal. Ils ont prévu, cette fois, des règles proches et un projet commun. Selon l'article 29, alinéa 2 de la loi fédérale sur les marchés publics (en révision, mais pas encore adopté par le parlement fédéral au moment de la rédaction de ce rapport) : « *Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, l'adjudicateur peut prendre en compte à titre complémentaire la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation professionnelle initiale* ». **Ce critère ne peut être utilisé que pour des marchés non soumis aux accords internationaux,** étant donné que la majorité des États est partie à l'AMP et ils ne connaissent pas le système dual de formation.

L'arrêt du TF du 8 août 2003 concerne un cas valaisan : pour ce marché, le critère de la formation d'apprentis avait été pondéré à 10%. Le TF a jugé inadmissible qu'un tel critère détermine le choix d'une entreprise par rapport à une autre qui demandait CHF 100'000.- de moins. Ce cas marque le début d'une jurisprudence, reprise notamment par la Cour de droit administratif et public (CDAP). La pondération du critère de formation des apprentis ne doit pas dépasser 5%, comme l'indique aussi le *Guide romand pour les marchés publics*. Utiliser un critère pour évaluer les offres est différent d'instaurer une condition de participation au marché. En l'occurrence, les entreprises sans autorisation de former seraient écartées d'emblée.

Procédure gré à gré et procédure de gré à gré exceptionnelle

Le responsable de l'unité juridique explique la distinction entre la procédure de gré à gré ordinaire et la procédure de gré à gré exceptionnelle (LMP-VD, article 7) :

- La 1re est suivie lorsque l'entreprise avec laquelle un marché est passé jusqu'à CHF 100'000.- (fournitures), CHF 150'000.- (prestations services, travaux de second œuvre) ou CHF 300'000.- (travaux de gros œuvre).
- La 2e est utilisée lorsque la valeur du marché nécessiterait une procédure de marché public plus contraignante (ouverte, sur invitation), mais que le prestataire peut être choisi. La législation permet aux pouvoirs adjudicateurs de choisir parmi les personnes invitées au marché celles qui forment des apprentis, pour des marchés de plus faible ampleur entrant dans les seuils de la procédure de gré à gré et dans les seuils de la procédure sur invitation.

Critères, sous-critères et critères complémentaires

Plusieurs commissaires se préoccupent des critères d'adjudication des marchés publics :

- Quelle est la différence entre critères, sous-critères et critères complémentaires. La LMP pose d'abord le critère d'économicité, puis liste les critères sans hiérarchisation. Le canton de Vaud a listé des critères

complémentaires dont certains relatifs à la formation professionnelle et à formation continue à l'article 37, alinéa 2 du Règlement d'application de la LMP-VD (RLMP-VD). Dans le canton de Berne, la formule est potestative. Comment savoir si le critère complémentaire vaudois peut être rendu plus impératif ou s'il faut le considérer simplement comme un critère. Quelle est la logique sous-jacente à la distinction des critères propres au marché et extérieurs au marché, à la pondération et aux rangs.

- Quel est l'importance accordée à la formation duale par le biais de ces critères et comment les imposer lors d'appels d'offres sur le plan international.

La Conseillère d'État précise que les critères autres que le prix ne sont pas tous utilisés dans un appel d'offres. L'attribution de marché doit reposer sur le principe de la transparence : l'entreprise candidate à un marché doit connaître les critères d'évaluation des offres. Dans le RLMP-VD, les critères figurent sous deux chiffres différents à l'article 37, car auparavant l'alinéa 2 servait exclusivement à départager deux offres équivalentes ; il y avait une hiérarchie. Aujourd'hui, au contraire, ce sont des critères complémentaires qui ne se situent pas sur un rang inférieur aux autres. D'emblée, le nombre d'apprentis constitue un critère d'évaluation. Les critères d'adjudication sont fixés au chapitre 9, article 37 du RLMP-VD :

- alinéa 1 : « *Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Les critères suivants peuvent notamment être pris en considération : le prix, les caractéristiques environnementales, la qualité, la convenance de la prestation, les délais, la valeur technique et culturelle, l'esthétique, les coûts d'exploitation, la créativité, le service après-vente, l'infrastructure nécessaire à la réalisation du marché* » ;
- alinéa 2 : « ***L'engagement du soumissionnaire en faveur de la formation professionnelle et du perfectionnement professionnel, ainsi que la collaboration, par voie de sous-traitance, avec des jeunes entreprises pour une partie du marché sont des critères complémentaires*** ».

À l'État de Vaud, ces critères — qui ne sont pas des sous-critères — figurent systématiquement parmi les critères d'évaluation des offres. Le canton de Vaud est donc dans la situation genevoise, même si les critères sont obligatoires uniquement pour l'État (DRUIDE).

Un membre de la commission explique qu'en 2006, face à la problématique de l'apprentissage, ce critère lié aux apprentis a été transformé en critère complémentaire. La grille du Tessin, qui avait introduit cela en 2003, a été reprise. Le critère du nombre d'apprentis comparé au nombre d'employés a été introduit en 2007 dans le canton de Vaud et cela a été intégré au projet intercantonal.

La présidente relève que l'article genevois mentionne le critère du nombre d'apprentis et d'employés, alors que dans le règlement vaudois, cela n'est pas mentionné. En outre, elle demande si le critère d'être une entreprise formatrice avec un ratio d'apprentis pourrait figurer dans le règlement d'application pour les marchés autres qu'internationaux.

Actions pour encourager les entreprises à former

Pour une députée, s'il s'agit de réfléchir à la manière d'encourager les entreprises à former des apprentis, serait-il envisageable que l'administration cantonale appuie et encourage cela à travers d'autres dispositifs que la LMP-VD ?

La Conseillère d'État répond que l'État favorise la création de places d'apprentissage lorsque le levier d'action existe. Par exemple, avec la modification de la loi sur l'accueil de jour des enfants (LAJE), un réseau doit former des apprentis s'il veut être reconnu. Dans la loi sur l'appui au développement économique (LADE), il pourrait également être introduit le critère de la présence de places d'apprentissage pour soutenir l'innovation. Par ailleurs, l'État en tant qu'employeur a la capacité de créer des places d'apprentissage (voir point 3, position du Conseil d'État). Elle rappelle également le principe suivant : les lois donnent des orientations et les règlements indiquent les actions à entreprendre. Dans la LMP-VD, l'article 8 stipule que pour passer un marché, le CE édicte, par voie réglementaire, les dispositions qui règlent la forme de la publication, les principes de non-discrimination, le délai, la procédure d'exécution, les critères d'appréciation, les critères d'attribution, etc.

Un député regrette que, contrairement à ce que son titre laissait présager, la motion ne propose pas de réponses aux demandes de simplification administrative et de neutralité des coûts qui émanent des patrons désireux de former des apprentis. De plus, il voit mal comment pondérer la formation duale qui figurerait parmi les nombreux critères d'attribution à un marché.

Un autre commissaire partage les intentions du motionnaire, mais doute de la pertinence d'exiger l'autorisation de former des apprentis. Dans la loi, il peut être introduit, soit l'encouragement à la formation duale, soit prévoir une mesure concrète avec le ratio de personnes formées dans les métiers.

La Conseillère d'État rappelle qu'aucune obligation découlant de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) n'impose aux entreprises de former des apprentis. Le canton essaie de mettre en place des politiques publiques pour influencer le nombre d'apprentis et de places d'apprentissage.

Conclusions

Un commissaire ressent de la sympathie pour la motion, mais se soucie de son application. Il plaide pour une transformation de la motion en postulat. À partir du dispositif existant, les critères pourraient être modifiés pour les rendre plus explicites. S'il est transposé au canton de Vaud ce que prévoit le canton de Genève — l'autorité adjudicatrice « (…) *peut exiger des soumissionnaires des justificatifs attestant leur capacité* (…) » — il s'agirait alors de modifier l'article 8 de la LMP-VD, qui prévoit les critères, puis de travailler sur le règlement d'application.

Un autre membre de la commission signale que DRUIDE concerne le canton et que même si les communes y ont accès, peu d'entre elles maîtrisent les marchés publics. Transformer la motion en postulat permettrait au CE, qui a introduit la volonté de soutenir la formation duale dans son programme de législature, de faire figurer ce critère parmi les autres moyens de soutenir l'apprentissage. Cet aspect doit être plus explicite dans le RLMP-VD.

Après discussion, le motionnaire indique qu'il envisage de transformer sa motion en postulat de manière à chercher une solution pour les autres partenaires des marchés publics.

La Conseillère d'État estime que si le CE doit répondre au postulat, il étudiera les possibilités de renforcer la chaîne d'informations et la promotion pour utiliser les possibilités du RMPL-VD

La motion est transformée en postulat et demande au CE :

- d'étudier l'opportunité de prendre des mesures qui aident à la création et au maintien de places d'apprentissage, en particulier dans le RLMP-VD.

Un député, partagé entre son aversion pour les marchés publics depuis vingt-cinq ans et son amour de la formation duale, pense s'abstenir. Il souhaite que le rapport mentionne le consensus qui se dégage au sein de la commission quant à la nécessité d'étendre la portée du postulat aux communes.

Un député s'abstiendra lors du vote, car le postulat ne va plus dans le même sens que la motion et il faudrait rédiger un nouveau postulat tenant compte de la discussion d'aujourd'hui.

5. VOTE DE LA COMMISSION

Transformation de la motion en postulat (avec l'accord du motionnaire)

La commission recommande au Grand Conseil de renvoyer au Conseil d'État la motion transformée en postulat par 6 voix pour et 2 abstentions.

Rolle, le 6 mai 2019.

La présidente-rapportrice :
(*signé*) Josephine Byrne Garelli