

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

Postulat Laurence Cretegny – Mandats externes hors de nos frontières, y a-t-il pénurie dans notre canton et en Suisse ?

1. PREAMBULE

La commission nommée pour traiter de l'objet cité en titre s'est réunie le 17 mai 2019 à Lausanne.

Elle était composée de Madame la Députée Laurence Cretegny, de Messieurs les Députés Jean-Rémy Chevalley, Cédric Echenard, Jean-Claude Glardon, Julien Cuérel, Fabien Deillon, Jean-Marc Nicolet et Andréas Wüthrich, ainsi que de la soussignée, confirmée dans son rôle de présidente et rapportrice.

Ont également participé à cette séance, Madame la Conseillère d'Etat Nuria Gorrite, Cheffe du Département des infrastructures et des ressources humaines (DIRH), ainsi que Messieurs Michel Rubattel, Secrétaire général du DIRH et Gueric Riedi, Avocat, Responsable du Centre de compétences sur les marchés publics et de l'Unité juridique (SG-DIRH).

Le Secrétariat de la commission était assuré par Madame Fanny Krug, Secrétaire de commissions parlementaires.

2. POSITION DE LA POSTULANTE

La postulante a constaté que, depuis plusieurs années, des mandats sont donnés hors de nos frontières. Consciente que nous sommes soumis à des accords internationaux sur les marchés publics, elle souhaite connaître quels mandats sont donnés hors de nos frontières, pourquoi ils le sont, et s'il n'est pas possible de faire autrement.

Souhaitant défendre les entreprises de notre canton, elle demande un rapport sur cette situation.

3. POSITION DU CONSEIL D'ETAT

Le postulat relève trois situations de mandats donnés à l'étranger. Le Conseil d'Etat se prononce ainsi sur ces exemples :

- Les camions français transportant de la grave: il s'agissait de travaux de réfection d'une route attribués à une entreprise suisse. Cette entreprise suisse a sous-traité à un soumissionnaire français l'acheminement de la fourniture. C'est la liberté économique (garantie par la Constitution fédérale) de l'entreprise qui reçoit l'adjudication du marché public d'utiliser le sous-traitant qu'elle souhaite. Il est impossible d'imposer à un soumissionnaire de se fournir exclusivement auprès de transporteur/sous-traitant ou fournisseur suisse; cela est formellement interdit par les accords internationaux.

- Enquêteurs français mandatés pour faire un sondage sur les habitudes de mobilité dans un périmètre donné : le Canton de Vaud n'a pas mandaté cette enquête. Elle a été faite sous l'angle de l'agglomération franco-genevoise et les français étaient pilotes pour l'adjudication. Il était normal que cette enquête vienne jusqu'en Suisse en raison des habitudes de mobilité vers la région Genève-Nyon-Terre Sainte des vaudois. L'entreprise française mandatée a soumissionné à un marché international conduit par la France. Seules deux entreprises ont soumissionné à cet appel d'offres et les deux étaient françaises; aucune entreprise suisse/vaudoise n'a été écartée du marché.
- Entreprise française mandatée pour promouvoir les produits du terroir dans la restauration collective : c'est un cas effectivement plus limite, mais le seuil pour les marchés publics n'était pas atteint. Il s'agirait de vérifier avec le Département de l'économie, de l'innovation et du sport (DEIS) les raisons de ce choix fait dans un marché de gré à gré - donc de faible ampleur - et non soumis à la concurrence internationale.

L'ouverture à la concurrence internationale n'est pas décidée par le Canton de Vaud; c'est la loi fédérale sur les marchés publics qui décide à partir de quel montant il est obligatoire d'ouvrir à la concurrence internationale. Il n'est pas possible de la restreindre, sauf à violer cette loi.

Les marchés publics au-delà de CHF 350'000.- pour les services et les fournitures et de CHF 8,7 millions pour les travaux de construction sont soumis aux accords internationaux. Au-dessous de ces montants, la procédure est soit sur invitation, soit de gré à gré.

En termes de statistiques, les seuils sont très bas. Pour les années 2016-2017-2018, le pourcentage des marchés attribués à des entreprises étrangères en moyenne est de 5.13% des marchés parapublics, et de 3,9% en termes de valeurs. Les marchés passés sont donc très majoritairement attribués à des entreprises suisses, voire vaudoises. Il convient également de mentionner que nos entreprises suisses peuvent aussi soumissionner à l'étranger et remportent aussi des appels d'offres à l'international, parfois pour des marchés de plusieurs millions de francs. Il y a donc une balance des intérêts à faire. Pour répondre à la question de la postulante, la fourchette de valeur de marchés qui part à l'étranger est d'environ 4%, donc 96% des valeurs de marchés restent en Suisse en ce qui concerne les marchés publics.

4. DISCUSSION GENERALE

a. Discussion sur les règles relatives aux appels d'offres publics

La discussion générale porte tout d'abord sur les règles relatives aux appels d'offres publics. Plusieurs questions de commissaires ont trait à la manière dont ceux-ci peuvent se dérouler:

- Est-il possible ou non de mettre des charges dans les appels d'offres, notamment l'interdiction du recours à la sous-traitance ?
- Et si oui, quelle valeur juridique et morale cette interdiction a-t-elle lors de l'attribution du marché ?
- Est-il possible de mettre des critères environnementaux dans les appels d'offres ?
- Aurait-il été possible d'équiper les entreprises étrangères de matériel respectant la signalisation suisse ?
- Pourrait-il être reproché à un offreur d'avoir rédigé son offre de manière trop précise (par exemple des pavés décrits de telle manière qu'on ne peut que les trouver en Suisse) ?
- Comment cela se passe-t-il lorsqu'il y a un découpage de marchés ?

La Conseillère d'Etat se prononce ainsi :

Marchés publics internationaux

Le Canton de Vaud est lié aux règles internationales de marché public et il ne peut s'en affranchir. Il n'est pas possible de restreindre la provenance des entreprises, car cela est contraire aux accords de libre-échange. La loi sur les marchés publics découle de ces accords, et en tant que signataire de ces traités internationaux qui sont aussi favorables pour les entreprises suisses, il n'est pas possible de se soustraire au principe de réciprocité qui en découle. En revanche, pour tous les autres marchés (gré à gré et sur invitation), l'Etat favorise déjà les entreprises suisses et si possible vaudoises. Le score de 4% de marché à l'international inclut ceux pour lesquels il n'est pas possible de restreindre.

Règles pour les marchés publics et critères d'évaluation

Il faut d'abord déterminer le type de procédure (nationale/internationale, ouverte/fermée, etc.) en fonction du seuil financier du marché. Dans le cadre de l'appel d'offres, le mandant doit annoncer aux entreprises le produit demandé et sur quels critères le produit sera évalué (principe de transparence). Il n'est pas possible d'imposer une provenance pour la fourniture de produits ou matériel.

Pour évaluer, il faut pondérer les critères; en général, le critère le plus important est le prix (entre 30 et 50% de l'évaluation). Les autres critères restants sont par exemple la capacité à exécuter le mandat; les critères environnementaux et sociaux peuvent aller jusqu'à 5% de l'appréciation du marché. Selon la jurisprudence du Tribunal Fédéral (TF), le critère environnemental et social doit pouvoir départager une offre équivalente pour favoriser une entreprise meilleure sur ces aspects.

Le Responsable du Centre de compétences sur les marchés publics indique que sur le critère des trajets à effectuer entre le lieu d'exécution de la prestation et le siège de l'entreprise, le TF a considéré que ce critère avait un potentiel discriminant important (atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires). Raison pour laquelle ce critère de distance à effectuer ne peut être utilisé que pour des marchés dans lesquels il va permettre de mettre en évidence un avantage écologique significatif, car durant l'exécution du marché il y aura de nombreux trajets à effectuer; c'est notamment le cas pour le ramassage des ordures. Mais ce critère ne peut pas être utilisé par exemple pour un chantier. La marge de manœuvre est donc faible.

Sous-traitance

Il est possible d'interdire la sous-traitance en vertu d'un arrêt de la Cour de droit administratif et public (CDAP), mais il faut faire attention à l'effet de ricochet. Les grandes entreprises internationales ont tous les services sous la main. Souvent les entreprises suisses font appel à la sous-traitance pour la part qu'elles ne peuvent pas fournir. Et donc en excluant la sous-traitance, il peut y avoir un risque d'exclure de fait une entreprise suisse qui ne pourrait pas s'appuyer sur un sous-traitant pour une partie du marché.

L'arrêt susmentionné indique également qu'une interdiction de la sous-traitance constitue une atteinte relativement importante à la concurrence. En effet, cela va favoriser les entreprises générales et les entreprises totales, ou les entreprises qui peuvent intégrer toutes ces prestations.

Une entreprise qui soumissionne en déclarant qu'elle fera recours à de la sous-traitance, malgré l'interdiction de la sous-traitance dans l'appel d'offres, pourrait faire appel de cette décision devant un Tribunal, sans garantie aucune que le Tribunal statue dans le sens du maître d'œuvre. Il faut donc faire attention avec cette interdiction de la sous-traitance.

Dans le cadre du futur accord intercantonal sur les marchés publics et dans le message de la loi fédérale sur les marchés publics (révision en cours), il est précisé qu'interdire la sous-traitance sans autoriser en contrepartie les consortiums par exemple, réduit considérablement le cercle des soumissionnaires susceptibles de réaliser la prestation et, par conséquent ferme le marché à la concurrence. Or le principe de base de la législation sur les marchés publics est l'ouverture à la concurrence. Soit une concurrence efficace pour permettre aux collectivités publiques d'obtenir les meilleures prestations aux meilleurs coûts possibles.

Précision de l'appel d'offres

Reprenant l'exemple des pavés, le Responsable du Centre de compétences sur les marchés publics explique que cela revient au même. Entre demander un caillou suisse et décrire un caillou qui a toutes les caractéristiques d'un caillou suisse, l'exigence est discriminante. C'est le tribunal qui, saisi sur un recours, statuera. L'article 16 du règlement vaudois sur les marchés publics définit les spécifications techniques, soit les prescriptions que peut fixer le pouvoir adjudicateur par rapport au produit. Il n'est pas autorisé d'imposer de provenances, afin d'autoriser la concurrence.

Un cas relatif à l'équipement de laboratoires dans des écoles et porté devant les tribunaux est évoqué. En Suisse, deux entreprises pouvaient offrir ce matériel de laboratoire. Le pouvoir adjudicateur s'étant basé sur la description des produits d'un des concurrents et l'autre fournisseur a déposé un recours qu'il a gagné contre cet appel d'offres. La description d'un produit doit être accompagnée du terme « ou équivalent » pour ne pas fermer le marché.

Découpage de marchés

Pour la construction de bâtiments, il y a une tendance à passer par les entreprises totales. Ce n'est pas nécessairement le cas dans la construction des routes ou des ponts. Le pouvoir adjudicateur a cette possibilité de découper le marché en lots, qui présente des avantages mais aussi des inconvénients.

b. Discussion générale sur le postulat

La discussion générale se poursuit : une députée se dit prête à accepter le postulat pour avoir un état des lieux. Cela permettrait au Canton de démontrer, chiffres à l'appui, que les marchés publics ne sont attribués aux entreprises étrangères que très marginalement.

Les chiffres donnés par la Conseillère d'Etat sont extraits de la plateforme SIMAP (Plateforme électronique conjointe de la Confédération, des cantons et des communes dans le domaine des marchés publics). Il n'y a actuellement pas de statistiques pour les marchés de gré à gré ou sur invitation ; récolter des statistiques pour ces marchés nécessiterait du personnel supplémentaire notamment pour faire le lien avec les communes. A noter que pour ces marchés, en principe l'adjudicateur cherche plutôt des entreprises vaudoises mais lorsque l'offre vient à manquer, il est contraint d'ouvrir plus loin, en Suisse ou à l'étranger. D'autre part, sur les appels d'offres au niveau suisse, lorsque le marché n'est pas soumis à l'international, il n'y a pas d'obligation d'accepter une offre étrangère.

Il y a une volonté au niveau fédéral de mettre en place un système qui permette d'identifier tous les marchés, mais sa mise en place s'avère compliquée.

Une députée, ainsi que le Secrétaire général du DIRH, rappellent que des entreprises suisses ont été sanctionnées par la commission de la concurrence (Comco), notamment dans les Grisons, à Zürich et au Tessin, pour des ententes sur des marchés publics et des prix. Ces ententes nuisent à la concurrence et c'est l'ensemble de collectivité qui en paie le prix.

La postulante précise le périmètre de son postulat : elle ne demande pas d'avoir les statistiques pour toutes les communes vaudoises, mais pour l'Etat de Vaud et les offres publiées, en précisant pourquoi il n'est pas possible d'avoir des statistiques pour les marchés de gré à gré ou sur invitation. Son postulat concerne les marchés internationaux et les adjudications passées avec des entreprises étrangères, soit non-Suisses.

Un député estime que lorsque les retombées économiques vont au Canton de Fribourg, elles ne vont pas à notre canton. Il ajoute que des régions comme Ste-Croix sont situées à 3km de la frontière, aussi mandater une entreprise située sur le territoire français est peut-être plus intéressant d'un point de vue économique et écologique qu'une entreprise sise à 100km dans le canton de Fribourg.

Pour la postulante, les retombées économiques ne sont pas les mêmes si les entreprises paient des impôts sur le territoire vaudois ou français. La question est de savoir s'il y a pénurie dans notre canton et en Suisse, comme le titre du postulat le mentionne. Une députée relève que certaines entreprises vaudoises jouissent aussi de marchés sur d'autres cantons, il convient donc de faire très attention dans ce type de débat qui risque de se retourner contre notre canton.

Un autre député estime que si des chiffres sont publiés, cela permettrait d'amener plus de transparence.

Afin de déterminer le périmètre du postulat et des chiffres demandés à l'administration, il est ainsi décidé par la commission que :

- seules les offres publiées feront l'objet d'une statistique, en expliquant les raisons des difficultés d'avoir une statistique sur les marchés de gré à gré ou sur invitation
- le périmètre concerne la concurrence face à l'étranger plutôt que par rapport à d'autres cantons.

5. VOTE DE LA COMMISSION

Prise en considération du postulat

La commission recommande au Grand Conseil de prendre en considération ce postulat par 7 voix pour, 0 contre et 2 abstentions, et de le renvoyer au Conseil d'Etat.

Lausanne, le 7 février 2020.

*La rapportrice :
(Signé) Florence Bettschart-Narbel*