

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

Motion Julien Cuérel et consorts – Priorité aux entreprises vaudoises ou locales lors d'adjudication de marchés publics.

1. PRÉAMBULE

La commission ad hoc s'est réunie le vendredi 30 octobre 2020, de 13h00 à 14h30, Salle Romane, Rue Cité-Devant 13, Lausanne. Elle était composée de Mme Dominique-Ella Christin, MM. Julien Cuérel, Yves Ferrari, Daniel Mattenberger (remplaçant Julien Eggenberger), Jean-Louis Radice (remplaçant Circé Fuchs) et Patrick Simonin. Le soussigné a été confirmé dans son rôle de président et de rapporteur.

La séance s'est tenue en présence de Mme Nuria Gorrite, Cheffe du Département de l'intérieur et des ressources humaines (DIRH), ainsi que de MM. Guerric Riedi, Responsable de l'unité juridique et du Centre de compétences sur les marchés publics du canton de Vaud (CCMP), DIRH, et Rubattel Michel, Secrétaire général, DIRH. Mme Marie Poncet Schmid, secrétaire de commission, a rédigé les notes de séances.

2. POSITION DU MOTIONNAIRE

La position du motionnaire est de donner la priorité aux entreprises vaudoises pour l'adjudication de marchés publics de manière à préserver le marché « local », particulièrement dans cette période de crise sanitaire et économique. Les sommes investies massivement par les pouvoirs publics devraient ainsi pouvoir rester dans le canton et servir à relancer l'économie vaudoise.

Le rapporteur rappelle les modifications en cours auprès des Chambres fédérales, ainsi que la motion Zünd (19_mot_120) sur un sujet proche qui demande un ancrage légal de la méthode dite du « livre ouvert ».

3. POSITION DU CONSEIL D'ETAT

CADRE LÉGAL

Mme la Cheffe du DIRH déclare que malgré la sympathie que l'on peut ressentir pour la motion, cette dernière est impraticable à plusieurs titres.

- Droit international et transposition sur le plan suisse. Le principe de l'interdiction des discriminations en droit des marchés publics découle des accords internationaux. L'Accord OMC sur les marchés publics (AMP) ratifié par la Suisse constitue la clé de voûte du droit d'adjudication des marchés publics. Ses dispositions, qui comprennent le principe d'interdiction des discriminations (art. III de l'AMP, art. IV de l'AMP de 2012), sont transposées au niveau de la Confédération dans la LMP et, au niveau cantonal, dans l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), qui harmonise les règles entre cantons. Un Accord bilatéral conclu entre la Suisse et l'UE sur des aspects relatifs aux marchés publics (art. 6) complète l'AMP.
- Droit fédéral. D'une part, la législation fédérale sur les marchés publics — LMP et Ordonnance sur les marchés publics (OMP) — règle les marchés de la Confédération et des entités fédérales. D'autre part, la

Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) impose des obligations aux cantons et aux communes concernant l'ouverture de leurs marchés à la concurrence sur le plan national, en particulier dans deux articles :

Article 3, al. 3 : « Les restrictions (à la liberté d'accès au marché) ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux. »

Article 5, al. 1 : « Les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal. Ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'art. 3. »

Selon la doctrine, l'exclusion basée sur le lieu de domicile ou d'établissement étant impossible, le pouvoir adjudicateur cantonal ne peut pas fixer le critère du domicile ou de l'établissement dans le canton. Pour les marchés cantonaux et communaux, le principe de la non-discrimination découle sans réserve de l'article 5, alinéa 1 de la LMI. Ainsi, l'entité adjudicatrice doit adopter, pour l'ensemble des concurrents les mêmes critères, sans défavoriser les offres externes. Elle ne peut pas exclure un concurrent en raison de sa provenance. Si on modifiait les règles comme le demande la motion, les adjudicataires écartés recourant sur le plan fédéral gagneraient, désavouant le Canton.

- Accord intercantonal et législation cantonale. L'AIMP en vigueur consacre également l'égalité de traitement entre soumissionnaires, la concurrence efficace et la non-discrimination. Il en va de même pour l'AIMP révisé en 2019 (art. 2, let. c et d, notamment) et la Loi vaudoise sur les marchés publics (LMP-VD, art. 3, al. 1, let. a et b ; art. 6, al. 1, let. a). Il convient de souligner que nombre d'entreprises vaudoises, en remportant des marchés hors canton, bénéficient de la saine concurrence garantie par l'AMP.

En résumé, les cantons sont soumis au droit international, fédéral et intercantonal. Ce droit supérieur impose, en particulier, le respect du principe de l'interdiction des discriminations. Ainsi, toute disposition visant à introduire une préférence en fonction du lieu d'établissement ou de domicile est impossible.

Toutefois, l'AIMP révisé apporte des modifications législatives allant dans le sens de la motion :

- Plusieurs dispositions prévoient d'accorder une plus grande importance à la qualité et d'en faire un critère obligatoire sur pied d'égalité avec le prix (art. 29, al. 1).

- Le concept d'offre la « plus avantageuse » remplace celui d'offre « économiquement la plus avantageuse » (art. 41). Il s'agit de minimiser l'importance de l'aspect économique des offres lors de leur évaluation. L'offre la « plus avantageuse » répond le mieux aux critères d'adjudication choisis : l'adjudicataire est déterminé en tenant compte non seulement de la qualité et du prix de la prestation, mais aussi d'autres critères équivalents tels l'adéquation, les délais — critère pertinent sur le plan local — les coûts du cycle de vie, le développement durable, les conditions de livraison, le service à la clientèle, etc. (art. 29).

- Les pouvoirs adjudicateurs disposeront d'une plus grande marge de manœuvre pour prendre en compte le développement durable (art. 2, 12, 29 et 30) : la pondération des critères concernant cet aspect peut atteindre 5 % de l'appréciation globale de l'offre.

- L'AIMP 2019 introduit la possibilité de prendre en compte des critères d'adjudication dits « étrangers au marché ». L'adjudicateur peut considérer la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation initiale, des places de travail pour les travailleurs âgés ou des activités de réinsertion pour les chômeurs de longue durée. Ces critères sociaux peuvent être utilisés uniquement pour les adjudications cantonnées au marché intérieur.

- L'AIMP révisé élève le seuil des marchés de fournitures de 100'000 à 150'000 francs pour la procédure de gré à gré. Cela se traduit par davantage de marchés pouvant être attribués sur le plan local pour les fournitures.

Par ailleurs, le projet de révision du droit cantonal des marchés publics — LMP-VD et son règlement — prévoit de favoriser l'attribution de marchés à des entreprises locales en permettant désormais aux membres des autorités adjudicatrices de soumissionner dans les marchés que ces mêmes autorités organisent. Par exemple, un municipal entrepreneur pourrait ainsi déposer une offre pour un marché lancé par sa commune, puis se récuserait lors de l'évaluation des offres évidemment.

En conclusion, le cadre légal empêche le changement demandé dans la motion, mais plusieurs éléments de l'AIMP révisé vont dans le sens souhaité par la motion. Il convient de rappeler que la configuration d'un marché relève de la responsabilité de l'entité adjudicatrice. Ainsi, selon la pondération choisie pour certains critères, on peut indirectement et d'une manière non discriminante favoriser les offres d'entreprises locales ou régionales.

STATISTIQUE CANTONALE DES MARCHES PUBLICS ATTRIBUES PAR DES POUVOIRS ADJUDICATEURS VAUDOIS (2019)

Mme la Cheffe du DIRH revient ensuite sur l'affirmation du motionnaire en plénum, selon lequel les adjudications, lors des soumissions de marchés publics, sont régulièrement attribuées à des entreprises hors du canton ou de la région où les travaux doivent être effectués.

Le Secrétariat général du DIRH a établi, pour 2019, la statistique des marchés publics attribués par des pouvoirs adjudicateurs vaudois (canton, communes, autres adjudicateurs comme fondation, entreprise de transport, etc.) publiés sur la plateforme simap.ch — organe officiel de publication des marchés publics dans le canton de Vaud depuis 2012. Il s'agit donc des marchés organisés en procédure ouverte, sélective ou de gré à gré en application d'une clause d'exception (« gré à gré exceptionnel ») qu'ils soient soumis à la concurrence internationale (marchés soumis aux accords internationaux) ou non (marchés nationaux). Il ressort de la statistique les éléments suivants :

- Sur l'ensemble des marchés publiés adjugés dans le canton — 654'417'178,78 francs — seul 1,21 % a été adjugé à des entreprises étrangères.
- La part des marchés adjugés uniquement à des entreprises vaudoises au sens strict — les consortiums d'entreprises vaudoises et d'autres cantons étant exclus — se monte à 61,34 %, tandis que les consortiums mixtes concernent 2 % des marchés. Ainsi, plus de 63 % des marchés publiés sont adjugés à des entreprises soit totalement vaudoises, soit comprenant des entreprises vaudoises.

La prise en compte des marchés gré à gré et sur invitation non publiés, mais dont on sait que la majorité est attribuée à des entreprises locales, s'ajouterait à ces montants et renforcerait le constat d'une minorité de marchés adjugés à l'extérieur.

L'évaluation des marchés remportés par des entreprises vaudoises à l'extérieur du canton est en cours, mais elle est complexe et longue, principalement en raison de l'absence d'une base d'informations sur ces éléments (type plateforme SIMAP). Ces chiffres ne peuvent pas être livrés dans le cadre de cette commission.

En complément des éléments relevant du cadre légal et des données statistiques, Mme la Cheffe du DIRH relève que :

- Les règles servent à éviter les cartels, qui désavantagent les finances des collectivités, et à garantir la transparence et la saine concurrence.
- En raison de spécificités propres à des marchés et faute d'entreprises disponibles ou à même de réaliser certaines prestations demandées dans le canton de Vaud, certains marchés sont attribués à des entreprises non vaudoises. Certains secteurs, en effet, ne disposent d'aucune entreprise vaudoise.
- Les mécanismes souhaités par la motion seraient contre-productifs si les autres cantons faisaient de même et dans les cas où les entreprises auxquelles doivent recourir les adjudicateurs vaudois sont établies hors canton. Attention donc au retour de manivelle, puisque l'économie vaudoise est aussi tournée vers l'exportation.

En conclusion, plusieurs mesures de l'AIMP révisé contribuent à répondre aux préoccupations de la motion. De plus, les données chiffrées relatives aux marchés adjugés en 2019 dans le canton montrent que le droit actuel ne défavorise pas l'économie vaudoise.

4. DISCUSSION GÉNÉRALE

En préambule, le soussigné rappelle l'existence de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart) qui imposent en Suisse la nécessité d'une libre concurrence (art. 18 ss). En outre, la jurisprudence bien ancrée du Tribunal fédéral, respectivement de la Cour de droit administratif et public du

canton de Vaud, indique clairement que la préférence locale est un critère étranger à l'adjudication, car il relève d'une pratique discriminatoire. Ce critère est prohibé dans la mesure où il ne se rapporte, ni à la qualité du soumissionnaire par rapport à la prestation, ni aux avantages économiques de l'offre. Toutefois, le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires n'est pas absolu, mais doit être compris dans un sens relatif. Ainsi, dans certains cas bien définis, le caractère local du soumissionnaire peut présenter objectivement un avantage en lien direct avec la prestation à fournir. Il peut être pris en compte par exemple dans le cadre du critère des coûts si l'adjudicateur a pris la précaution d'annoncer ces critères dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. De même, lorsque deux offres sont qualifiées de façon équivalente, le pouvoir adjudicateur peut tenir compte qu'une entreprise a son siège dans le canton, qu'elle utilise du personnel, des matériaux ou des fournitures en provenance de la région. Ainsi, la préférence locale ne peut être admise en lien direct avec la prestation qu'à la condition que les offres soient jugées équivalentes (voir à ce sujet GE.2000.0103, TA, 25.01.2006). On peut insister sur la façon dont l'adjudicateur rédige son appel d'offres qui est souvent déterminant. On peut toutefois s'interroger pour savoir si, compte tenu de la pandémie actuelle, certains critères liés à l'urgence et à l'exception ne pourraient pas être actionnés (par exemple l'art. 8, let. f du Règlement cantonal ; art. 3 let. b de la Loi fédérale sur le marché intérieur ☐ LMI).

Un député observe que la difficulté est réelle pour les entreprises vaudoises ; toutefois, certains cantons semblent parvenir à surmonter ces difficultés juridiques pour « favoriser » autant que possible les entreprises locales. Il évoque également la problématique de la sous-traitance qui fausse les cartes. À cet égard, le Département rappelle que les entreprises qui ont obtenu l'adjudication ne peuvent sous-traiter qu'une partie des prestations ; ce droit étant garanti par la liberté économique. Toutefois, la prestation caractéristique doit être fournie par l'entreprise soumissionnaire et non pas par les sous-traitants.

La Cheffe du DIRH relève que la motion n'apporte aucune proposition ou solution s'agissant de la sous-traitance. Elle rappelle les chiffres mentionnés ci-dessus qui démontreraient que la part des marchés adjugés faisant l'objet de sous-traitance à des entreprises étrangères n'excède pas 3 %, soit un pourcentage très faible.

L'adjudication de certains marchés par différents lots paraît une piste également intéressante ; les consortiums ou entreprises d'autres cantons, voire étrangers, étant surtout attirés par des grands lots d'adjudications.

Un député insiste sur la nécessité de poursuivre l'information auprès des communes et des collectivités locales adjudicatrices en se référant en particulier au site : marchés publics vd.ch. Une approche multisectorielle, comprenant les syndicats, est également une solution pratique et fonctionnelle.

Un député relève également qu'il est possible de pondérer les critères avec des critères sociaux, voire des critères en lien avec le développement durable et le respect des conventions collectives. D'une manière générale, les membres de la Commission et les participants s'accordent à dire que les critères d'adjudication doivent faire l'objet d'une attention soutenue et que le pouvoir adjudicateur devrait en faire meilleur usage, en particulier s'il souhaite prioriser les entreprises locales ou régionales. On rappelle également quelques guides de références : Guide romand pour les marchés publics, Guide des Autorités, publication Canton-communes, etc.

Le motionnaire, tout en étant conscient de la difficulté, pense que les urgences à la fois sanitaires et climatiques impliquent que l'on puisse invoquer ces circonstances exceptionnelles pour déroger aux principes juridiques stricts. Il ne conteste pas les informations données aux Communes. Toutefois, celles-ci recourent souvent à des mandataires externes qui utilisent des schémas préétablis et qui ne prennent pas forcément en compte les critères locaux, sociaux ou environnementaux nécessaires.

5. VOTE DE LA COMMISSION

La commission recommande de ne pas prendre en considération la motion par 6 voix contre 1.

Lausanne, le 24 février 2021

*Le rapporteur :
(Signé) Marc-Olivier Buffat*