

**RAPPORT DE LA COMMISSION
chargée d'examiner les objets suivants :**

**EMPD portant adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal
du 15 novembre 2019 sur les marchés publics**

et

**PROJET DE LOI
sur les marchés publics (LMP-VD)**

et

**RAPPORTS DU CONSEIL D'ETAT AU GRAND CONSEIL
sur la motion Yvan Pahud et consorts – Pour une véritable promotion du bois comme unique
matériau renouvelable (19_MOT_073) (Réponse à la conclusion no 2 du motionnaire)**

et

**sur la motion Georges Zünd et consorts – Travailler à livre ouvert pour plus de transparence
et moins de surcoûts dans les marchés publics (19_MOT_120)**

et

**sur le postulat Laurence Cretegny et consorts – Mandats externes hors de nos frontières,
y a-t-il pénurie dans notre Canton et en Suisse ? (19_POS_119)**

et

**sur le postulat Patrick Vallat et consorts – Modifications de la Loi vaudoise sur les marchés
publics et de son règlement d'application, mesures d'allègement et de clarification
administratives (13_POS_050)**

1. PREAMBULE

La commission s'est réunie à quatre reprises les 7 et 14 octobre, le 23 novembre 2021 et le 21 janvier 2022 à la salle du Bicentenaire, place du Château 6, à Lausanne. Elle était composée de Chantal Weidmann Yenny, présidente et rapporteuse, Florence Bettschart-Narbel remplacée par Catherine Labouchère le 21 janvier 2022, Fabien Deillon, Jean-Claude Glardon, Yves Paccaud le 7 octobre puis remplacé par M. Arnaud Bouverat, Yvan Pahud, Claire Richard remplacée par Graziella Schaller le 14 octobre, Pierre-André Romanens, Jean Tschopp, Pierre Zwahlen et Georges Zünd.

Nuria Gorrite, Conseillère d'Etat, Cheffe du Département des infrastructures et des ressources humaines (DIRH) a également participé aux séances, accompagnée de Michel Rubattel, Secrétaire général du DIRH et Gueric Riedi, Responsable du Centre de compétences sur les marchés publics (CCMP-VD).

Yvan Cornu, secrétaire de la commission, a tenu les notes de séance et contribué à la rédaction du rapport, ce dont nous le remercions.

2. EMPD PORTANT SUR L'ADHÉSION DU CANTON DE VAUD À L'ACCORD INTER-CANTONAL DU 15 NOVEMBRE 2019 SUR LES MARCHÉS PUBLICS (AIMP)

En préambule, la présidente rappelle qu'il n'est plus possible d'amender l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP 2019), élaboré par la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de

l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) et adopté à l'unanimité des cantons réunis en son sein. Le même texte est ainsi soumis pour adhésion aux 26 cantons suisses.

Pour rappel, la Commission thématique des affaires extérieures (CTAE) du Grand Conseil vaudois a été consultée et a examiné le projet AIMP 2019. Le 27 août 2019, elle a transmis sa prise de position au Bureau interparlementaire de coordination des parlements romands (BIC) qui l'a fait suivre à la DTAP. Pour des raisons de délais, les parlements romands ont dû renoncer à l'institution d'une commission interparlementaire.

Président actuel de la CTAE, un commissaire regrette que la directive Druide¹ et les dispositions de la CoParl² qui prévoient une consultation du parlement au moment de l'avant-projet, n'aient pas été respectées par le pouvoir exécutif.

2.1. POSITION DU CONSEIL D'ETAT

Contexte légal

Le dispositif de saine concurrence entre les entreprises pour obtenir un marché public s'inscrit dans un cadre légal qui procède d'abord d'un accord au niveau international, l'accord de l'OMC³ sur les marchés publics (AMP) ratifié par la Suisse en 1994 déjà. La loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et son ordonnance d'application trouvent par conséquent leur fondement dans cet accord international. Ce dernier a été révisé en 2012 impliquant une révision de la LMP, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021, imposant aux soumissionnaires vaudois doivent déjà déposer leurs offres pour des marchés fédéraux selon les nouvelles règles.

Cette dernière révision a déclenché un nouveau processus de transposition du droit international en droit interne. Cette fois, la Confédération et les cantons ont décidé de travailler ensemble au sein d'un groupe de travail paritaire appelé AURORA, afin d'harmoniser autant que possible leurs règles juridiques en matière de marchés publics. Ce nouvel accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP 2019) intègre maintenant l'essentiel des dispositions d'exécution jusqu'à présent réglementées au niveau cantonal. En contrepartie, le Canton de Vaud doit renoncer à son autonomie législative dans une large mesure, c'est pourquoi il est également nécessaire d'adapter la législation cantonale sur les marchés publics.

Pour adhérer au nouvel AIMP, adopté à l'unanimité par la DTAP le 15 novembre 2019, les cantons doivent adapter leur législation et c'est la raison pour laquelle, le Conseil d'Etat vaudois vient devant le Grand Conseil avec ce projet de révision du droit cantonal sur les marchés publics (LMP-VD).

En plus des différentes bases légales évoquées, le Conseil d'Etat rappelle que la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) impose des exigences en matière de marchés publics. Cette loi garantit notamment l'accès libre et non discriminatoire aux marchés de toute personne ou établissement ayant son siège en Suisse, c'est-à-dire l'ouverture des marchés cantonaux et communaux à la concurrence sur le plan national.

Avantages et désavantages de l'AIMP 2019

La Conseillère d'Etat mentionne les principaux **avantages de l'AIMP** révisé :

- AA Harmonisation, amélioration et simplification du cadre légal.
- AA Mise à disposition de nouveaux instruments pour les adjudicateurs et les soumissionnaires.
- AA Réduction des charges administratives pour les adjudicateurs et les soumissionnaires.
- AA Obligation d'utiliser le critère d'adjudication de la qualité au même titre que celui du prix.
- AA Meilleure prise en compte des critères de développement durable.
- AA Utilisation des critères sociaux tels que la formation des apprentis, l'engagement des travailleurs âgés, la réinsertion de chômeurs de longue durée.

¹ Directives et règles à usage interne de l'Etat (DRUIDE), dernières modifications en 2018

² Convention relative à la participation des Parlements cantonaux dans le cadre de l'élaboration, de la ratification, de l'exécution et de la modification des conventions intercantionales et des traités des cantons avec l'étranger (CoParl)

³ Organisation mondiale du commerce

AA Lutte renforcée contre les dérives de la sous-sous-traitance et le travail au noir.

⌘ Conformément à la compétence résiduelle conférée aux cantons : le principe du lieu d'exécution en matière de conditions de travail est susceptible de s'appliquer dans la situation où une entreprise (soumissionnaire ou sous-traitant) qui se situe dans un canton où les conditions de travail en vigueur s'écarteraient à la baisse de celles fixées dans la CCT vaudoise et constitueraient de la sorte du dumping.

AA Rehaussement du seuil de gré à gré pour les marchés de fournitures de 100'000.- à 150'000.- francs.

Deux exceptions ont été reconnues et saluées par le Canton de Vaud. En effet, l'AIMP ne s'applique pas aux marchés passés avec :

AA des organismes d'insertion socioprofessionnelle ;

AA des institutions de prévoyance de droit public des cantons et des communes.

A l'inverse, la Conseillère d'Etat soulève que **l'AIMP révisé présente les désavantages** suivants :

AA Réduction de l'autonomie législative cantonale en matière de marchés publics du fait que l'essentiel de la matière se trouve dans l'accord intercantonal (AIMP). L'adhésion à l'AIMP 2019 intervient « en bloc » et sans réserve.

AA Passage d'un délai de recours de 10 à 20 jours en harmonisation avec le délai appliqué au niveau fédéral.

Conséquences d'une non-adhésion à l'AIMP

Au 1^{er} juillet 2021, deux cantons ont formellement adhéré à l'AIMP qui est ainsi entré en vigueur⁴. Il s'agit d'Aarau et Appenzell Rhodes-Intérieures. Dans la très grande majorité des autres cantons, la procédure d'adhésion est en cours.

La non-adhésion à l'AIMP serait particulièrement dommageable pour les entreprises vaudoises qui seraient soumises à des régimes juridiques variables et instables, ce qui irait à l'encontre des objectifs d'harmonisation du cadre légal et de simplification administrative. Par ailleurs, le gré à gré resterait limité à 100'000.- francs.

Finalement, tous les principes contraignants de la loi fédérale sur les marchés publics qui figurent dans l'AIMP devraient de toute manière être réintroduits dans le droit cantonal. Le Conseil d'Etat ne voit pas d'intérêt à renoncer à l'AIMP.

2.2. DISCUSSION GÉNÉRALE SUR L'AIMP

En préambule, il est relevé que les accords et les lois de rangs supérieurs, international et national règlent la matière et réduisent fortement l'autonomie législative au niveau cantonal concernant les marchés publics. Si des principes se retrouvent dans le droit supérieur, en l'occurrence dans l'AIMP qui s'applique directement, le législateur évite les redondances dans une loi de rang inférieur, la loi cantonale. Cette dernière a pour but d'édicter des dispositions d'exécution qui ne sont pas fixées dans l'AIMP.

Améliorations significatives du nouveau dispositif (AIPM et LMP-VD)

Plusieurs commissaires relèvent que le nouvel AIMP apporte plusieurs améliorations significatives. En termes d'avancées sont cités les points suivants :

AA Simplifications, outils normalisés, développement de la plateforme internet simap.ch

AA Avancée importante pour la transparence et contre la corruption.

AA Amélioration sur les critères sociaux et l'encadrement de la sous-traitance. En termes d'avancées, il est également cité l'introduction de la carte professionnelle parmi d'autres mesures pour la lutte contre le travail au noir.

La discussion continue sur des points plus spécifiques.

Prise en considération des critères du développement durable dans l'attribution des marchés publics

⁴ Art. 65, al. 1 AIMP : Le présent accord entre en vigueur selon la réglementation en vigueur dès que deux cantons y ont adhéré. D'autres cantons peuvent adhérer à n'importe quel moment.

Un commissaire relève qu'avec les nouveaux critères, la qualité et la durabilité des projets sont privilégiées, ce qui apparaît déjà dans les buts de l'AIMP à l'art. 2. On dépasse la seule notion d'offre économiquement la plus avantageuse, pour désormais adjuger le marché à l'offre la plus avantageuse en intégrant les critères du développement durable.

Références comme critère d'adjudication

Un commissaire propose de faire évoluer cette restriction qui limite l'accès au marché. Le fait d'utiliser les références relatives à des marchés comparables déjà exécutés comme critère d'adjudication désavantage en effet fortement les entreprises qui soumissionnent pour la première fois.

Conformité avec la position de la COMCO relativement au principe du lieu d'exécution

Une commissaire informe que la Commission de la concurrence (COMCO) a été consultée sur la révision de la LMP fédérale et il peut arriver qu'elle soit aussi consultée par les cantons sur des modifications de législation cantonale afin de vérifier leur conformité à la LMI. La COMCO a parfois découvert, par la suite, que certaines modifications de législations cantonales n'étaient, selon elle, pas conformes et est intervenue afin qu'elles soient supprimées.

Le Conseil d'Etat n'a pas jugé nécessaire de consulter la COMCO sur le projet de la LMP-VD, car la seule question sensible concerne les conditions de travail et de salaires au lieu d'exécution. Sur ce point, un avis de droit circonstancié de la COMCO a défini la marge de manœuvre maximale possible sans contrevenir aux principes de la LMI. C'est dans le respect de ce cadre limité que le Conseil d'Etat a introduit une disposition relative au lieu d'exécution à l'al. 1 de l'art. 8 du présent projet de loi vaudoise (LMP-VD). Pour le Canton de Vaud, la possibilité d'appliquer, à certaines conditions, des prescriptions relatives au lieu d'exécution dans la législation cantonale était fondamentale à l'aboutissement des négociations au niveau intercantonal (AIMP).

Renforcement de la loi fédérale relative aux faillites et mise à jour de celle sur le marché intérieur

Un commissaire souligne l'importance des contrôles et l'effort qu'il faut y consacrer. Il relate l'instabilité du modèle d'affaires de certaines entreprises qui, malgré plusieurs faillites ou des impayés, restent sur le marché depuis de nombreuses années et reçoivent encore du travail de la part de l'Etat. Dans notre canton, il existe déjà un contrôle des chantiers par des commissions paritaires, mais il regrette qu'au niveau fédéral, la loi sur les faillites qui date de 1889 ne colle plus à la réalité actuelle et il pense que la LMI devrait aussi être mise à jour, car le Conseil national s'était montré favorable à l'application des conditions de travail au lieu d'exécution.

Mise en place d'un système de récusation

Un commissaire souligne le combat à mener contre les conflits d'intérêts voire la corruption et l'enjeu que représente les conditions dans lesquelles des municipaux pourront soumissionner pour des marchés lancés par leur commune en fonction des nouvelles règles de récusation.

D'autres membres au sein de la commission saluent la suppression de l'interdiction faite aux membres des autorités adjudicatrices de soumissionner (cf. actuel art. 7, al.1 RLMP-VD) avec l'introduction du système de récusation pour traiter les conflits d'intérêts mis en place avec l'art. 13 AIMP 2019.

2.3. EXAMEN POINT PAR POINT DE L'EMPD RELATIF À L'ADHÉSION À L'AIMP 2019

AA Point 1.3.10 de l'EMPD : Mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption

Un commissaire souligne que l'art. 11 AIMP exige spécifiquement que l'adjudicateur prenne des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption.

Concernant les efforts de lutte contre la corruption que doivent mettre en place les cantons, il insiste sur la coopération active aux investigations, la poursuite pénale des délits, la restitution des produits des infractions, les sanctions disciplinaires, la nécessité de perfectionner les pouvoirs adjudicateurs et de se doter de règles de conduite pour l'accomplissement correct et en bonne et due forme des tâches de l'adjudicateur. Tous ces éléments sont essentiels, et heureusement ils se trouvent dans l'accord AIMP 2019.

Un commissaire partage ce point de vue, mais pour que ces efforts se concrétisent il faut des autorités judiciaires courageuses et efficaces. Il indique qu'une entreprise doit d'abord faire l'objet de très nombreuses

dénonciations pour être sanctionnée et finalement exclue de la liste du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO). Ces procédures sont compliquées et longues, elles prennent facilement 3 à 5 ans.

Faillites en cascade

Le Conseil d'Etat souligne les difficultés relatives aux faillites dites en cascade, à savoir lorsqu'une entreprise se déclare en faillite afin d'échapper à ses obligations, induisant des conséquences néfastes sur les salaires des travailleurs et les assurances sociales. Puis, une nouvelle société est constituée, active dans le même domaine, avec les mêmes personnes physiques à sa tête. Si la première entreprise aurait pu être exclue de l'accès à tous les marchés publics par le Conseil d'Etat pour une certaine durée en fonction des délits, il n'y a actuellement pas de base légale pour s'en prendre à la seconde.

Le Conseil d'Etat aurait souhaité la possibilité de sanctions contre les personnes reconnues coupables de faillites frauduleuses.

Sanctions (liste des entreprises exclues des marchés publics futurs)

Le CCMP-VD attire l'attention sur le fait qu'à l'art. 45, al. 3 AIMP, il est prévu que l'autorité intercantonale (AiMP) tienne une liste des soumissionnaires et sous-traitants sanctionnés qui mentionne le motif et la durée de l'exclusion des marchés publics. Cette liste est non publique, mais elle peut être obtenue par les adjudicateurs qui pourront voir quelles sont les entités sanctionnées dans d'autres cantons.

Dans la LMP-VD il est prévu de centraliser la compétence de prononcer des sanctions auprès de l'autorité cantonale de surveillance des marchés publics. Ces sanctions sont l'exclusion des marchés publics futurs pour une durée maximale de cinq ans et l'amende, qui peut aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre ; ces sanctions s'appliqueront ainsi à tous les marchés du canton et pas seulement au sujet de l'adjudicateur concerné.

Un commissaire indique qu'il y a plusieurs listes avec des informations différentes, mais qu'il n'existe pas de données coordonnées à disposition des adjudicateurs. Il relève aussi le fait que les entreprises changent, mais les personnes restent les mêmes. Pour lutter contre le travail au noir, il estime qu'il faut oser publier ce type d'informations.

Le CCMP-VD précise que le SECO tient une liste des employeurs ayant fait l'objet d'une sanction entrée en force, prononcée en vertu de la loi sur le travail au noir (LTN), pour non-respect important ou répété de leurs obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues par le droit des assurances sociales ou des étrangers.

AA Point 1.5 de l'EMPD : Effets pour les soumissionnaires

Scission des marchés

Un commissaire salue le fait de pouvoir scinder les marchés importants en plusieurs lots cohérents, dans le respect de la législation, et sans que cela s'apparente à du saucissonnage prohibé, pour favoriser l'accès au marché aux PME locales qui peuvent ainsi mettre en avant leurs atouts en termes de qualité, de développement durable et de capacité d'innovation.

2.4. COMMENTAIRES ET VOTES DE LA COMMISSION :

Commentaire

A l'issue de l'examen de l'EMPD portant sur l'adhésion du Canton de Vaud à l'AIMP 2019, la présidente propose de passer au vote sur le projet de décret y relatif.

Votes :

L'art. 1 du projet de décret est adopté à l'unanimité.

L'art. 2 du projet de décret est adopté à l'unanimité.

L'art. 3 du projet de décret (formule d'exécution) est adopté à l'unanimité.

En vote final, la commission adopte le projet de décret à l'unanimité

Vote d'entrée en matière :

La commission recommande au Grand Conseil d'entrer en matière sur ce projet de décret, à l'unanimité.

3. EXPOSÉ DES MOTIFS ET PROJET DE LOI SUR LES MARCHÉS PUBLICS (LMP-VD)

3.1. POSITION DU CONSEIL D'ETAT

L'adhésion à l'AIMP 2019 impose la transposition et la concrétisation de certaines dispositions au niveau cantonal. L'AIMP apporte énormément d'avantages, il fixe des règles de procédure beaucoup plus claires, introduit la dimension de la qualité, du développement durable et des critères sociaux que le Conseil d'Etat n'a ainsi pas besoin de reprendre dans la loi cantonale (LMP-VD). Il n'y a pas d'intérêt à redire avec des mots différents ce qui figure déjà dans une loi de rang supérieur qui s'applique directement.

La conseillère d'Etat mentionne les principales nouveautés introduites dans la LMP-VD :

- AA Le Conseil d'Etat renforce, dans la loi vaudoise, la question du développement durable.
- AA Il interdit également le principe général de la sous-sous-traitance en introduisant un régime d'exception élargi afin de tenir compte de la réalité du marché dans certains secteurs économiques.
- AA Comme déjà mentionné précédemment, l'art. 8, al. 1 consacre le principe de l'application des conditions de travail au lieu d'exécution là où une CCT étendue existe.
- AA La loi introduit aussi de nouvelles obligations d'annonce et de contrôle s'agissant de la location de personnel (art. 6 LMP-VD).
- AA L'interdiction faite aux municipaux de soumissionner dans des marchés organisés par leur commune est supprimée, moyennant le respect des règles de récusation figurant à l'art. 13 AIMP.
- AA La valeur seuil pour les fournitures dans les procédures de gré à gré a été relevée de 100'000.- à 150'000.- frs. Cette nouveauté a l'avantage d'accorder aux adjudicateurs une plus grande marge de manœuvre pour l'adjudication de petits marchés de fournitures.

3.2. DISCUSSION GÉNÉRALE

Préservation du climat et développement durable

Un commissaire regrette vivement que la préservation du climat ne soit pas spécifiquement ancrée dans la loi cantonale (LMP-VD) comme un critère d'attribution des marchés publics. A part les écolabels, il relève que la préservation de l'environnement et de la diversité naturelle est absente de cette loi. Il faut se référer à l'art. 12 AIMP où l'on parle du respect des dispositions du droit suisse en matière d'environnement.

L'AIMP mentionne la durabilité dès son art. 2 qui traite des buts de l'accord, alors que dans la LMP-VD la durabilité a été introduite à l'art.9 seulement suite à la consultation, mais sans exprimer une réelle volonté d'avoir des effets.

Application directe des dispositions de l'AIMP

Le Conseil d'Etat rend attentive la commission que le but n'est pas de transcrire le contenu de l'AIMP dans la loi cantonale (LMP-VD). Il faut également s'assurer que les modifications proposées soient conformes au droit supérieur, notamment à la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et à la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI).

La Conseillère d'Etat rappelle l'art. 12, al. 3 AIMP qui traite déjà du respect du droit de l'environnement et s'applique en premier lieu. Cet article dit clairement que : *« un marché public ne peut être adjugé qu'aux soumissionnaires qui respectent au moins les prescriptions légales relatives à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles en vigueur au lieu de la prestation... »*. Ce qui signifie, en d'autres termes, que les lois cantonales s'appliquent : *« ... ces prescriptions comprennent, en Suisse, les dispositions du droit suisse en matière d'environnement et, à l'étranger, les conventions internationales relatives à la protection de l'environnement déterminées par le Conseil fédéral et mentionnées à l'annexe 4 »*. Cette disposition va s'appliquer à l'ensemble des marchés publics soumis à l'AIMP.

Cet article de l'AIMP répond aux préoccupations du commissaire en matière de défi climatique en général, de protection des milieux naturels et de préservation de la biodiversité.

Le CCMP-VD ajoute qu'à l'art. 26 AIMP, il est indiqué que *« lors de la procédure d'adjudication ainsi que lors de l'exécution du marché adjugé, l'adjudicateur s'assure que les soumissionnaires et leurs sous-traitants remplissent les conditions de participation, dont en particulier le respect des exigences définies à l'art. 12... »*.

Ce renvoi à l'art. 12 signifie que l'adjudicateur a un devoir de s'assurer que les lois, notamment sur l'environnement, sont respectées.

Développement durable

L'art. 9 de la LMP-VD répond à la demande d'un certain nombre d'acteurs de renforcer la dimension du développement durable. Cet article précise que « *l'adjudicateur encourage la prise en considération du développement durable par les soumissionnaires dans ses marchés* », il s'agit bien d'une promotion active. Il est ensuite expliqué à l'al. 2 de quelle manière le développement durable peut être mis en avant dans la procédure d'adjudication, en se fondant notamment sur des labels environnements ou sociaux.

Exemption de la Banque Cantonale vaudoise (BCV)

Un commissaire s'interroge sur l'exemption de la BCV inscrite à l'art. 2 de la loi : « *La Banque Cantonale Vaudoise n'est pas soumise à la législation sur les marchés publics* ». L'Etat de Vaud est actionnaire majoritaire et siège au Conseil d'administration. Il demande ce qui justifie que la BCV bénéficie d'un tel privilège, alors qu'il n'est pas accordé au CHUV, à l'UNIL, aux hautes écoles spécialisées ou à l'ECA (établissement cantonal d'assurance).

La Conseillère d'Etat rappelle qu'en adoptant l'AIMP, la DTAP⁵ a mentionné expressément que les banques cantonales étaient des entités susceptibles de pouvoir être exemptées et non assujetties au droit sur les marchés publics.

Le Conseil d'Etat ne fait que reprendre une disposition existante qui figurait déjà dans l'ancien droit au niveau du règlement d'application. Contrairement au CHUV ou à l'UNIL, la BCV n'est pas un service de l'Etat de Vaud. L'exemption se justifie dès lors que la BCV exerce une activité commerciale soumise à un régime de libre concurrence. Dans pratiquement tous les cantons, les banques cantonales ont toujours été exemptées de la loi sur les marchés publics. Il convient d'ajouter qu'à l'heure actuelle, la BCV ne dispose pas d'une garantie de l'Etat.

3.3. EXAMEN POINT PAR POINT DE L'EMPL

Point 2.3 de l'EMPL : Commentaire article par article de la loi sur les marchés publics (LMP-VD) et examen article par article du projet de loi LMP-VD

La commission a examiné article par article le projet de loi vaudoise sur les marchés publics (LMP-VD), en consultant en parallèle les commentaires mentionnés au point 2.3 (p. 14 à 26) de l'EMPL.

Art. 1 Objet

Proposition d'ajouter les objectifs de développement durable

L'art. 2 AIMP sur le but mentionne à l'al. a. que l'accord vise à « *une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables* ». Un commissaire souligne que la durabilité est une orientation commune, centrale qui touche l'ensemble des politiques publiques cantonales, c'est pourquoi il tient à inscrire le développement durable dans la loi vaudoise (LMP-VD), comme étant un but.

Sur le site de l'OMC, on voit également à quel point cet organisme tient à contribuer à la réalisation des objectifs de développement durable qui vont bien au-delà des trois aspects social, économique et environnemental. Parmi les 17 objectifs (ODD), on trouve des principes de bonne gouvernance, de transparence et d'accès facilité aux marchés, ainsi que de concurrence efficace et équitable. L'OMC parle de la réalisation d'un véritable programme de développement durable à l'horizon 2030 dans des domaines tels que la réduction de la pauvreté, la santé, l'éducation et l'environnement.

⁵ Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP).

Les buts de l'AIMP sont repris

Le Conseil d'Etat confirme que tous les buts définis au niveau de l'accord intercantonal (AIMP) s'appliqueront directement au niveau cantonal. Les buts énoncés dans l'AIMP sont multiples et ont tous la même importance⁶. L'amendement proposé réduirait les buts à celui du développement durable, sans mentionner les notions essentielles de transparence, d'égalité de traitement, de libre concurrence et de non-discrimination dans la passation des marchés publics qui constituent tous l'objet de cet accord.

D'autres commissaires estiment qu'il n'y a pas de raison particulière à mentionner le seul élément du développement durable. Selon cette logique, on reprendrait dans la loi (LMP-VD) chacun des éléments qui figurent dans l'AIMP alors qu'ils s'appliquent tous directement au droit cantonal.

Amendement :

Renommer l'article 1 Objet et but et ajout à l'alinéa 1 que la présente loi visé les objectifs de développement durable.

Vote de l'amendement :

L'amendement est refusé par 6 voix contre, 1 voix pour et 4 abstentions.
--

Vote de l'art. 1

L'art. 1 est adopté par 10 voix pour et 1 abstention.

Art. 2 Entité non assujettie

Vote de l'art. 2

L'art. 2 est adopté à l'unanimité.

Art. 3 Procédure sur invitation (art. 20 AIMP)

Préoccupé par le fait que, sans référence ou expérience dans le même domaine, une jeune entreprise ne puisse pas obtenir son premier marché public, même si elle a la capacité de l'exécuter, un commissaire aurait souhaité spécifier, dans la présente loi, que la présentation de références ne doit pas être une condition de participation ni un critère d'exclusion.

Le CCMP-VD précise que dans une procédure sur invitation, l'adjudicateur invite les soumissionnaires de son choix à présenter une offre sans lancer d'appel d'offres. Il n'y a pas de critère exclusif et cette procédure donne justement une chance à des entreprises qui ont moins d'expérience.

Dans le nouveau droit, seuls les critères du prix et de la qualité sont des critères obligatoires ; l'utilisation d'autres critères est à la libre appréciation du pouvoir adjudicataire. Le critère des références n'est pas obligatoire, ni en procédure ouverte, ni sur invitation, ni de gré à gré, mais on ne peut toutefois pas empêcher les adjudicateurs de demander de références.

Finalement, aucun amendement n'est déposé à cet article.

Vote de l'art. 3

L'art. 3 est adopté à l'unanimité.

⁶ AIMP / Art. 2 But

Le présent accord vise les buts suivants :

- a. une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables ;
- b. la transparence des procédures d'adjudication ;
- c. l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires ;
- d. une concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires, en particulier par des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption.

Art. 4 Voies de droit et procédure (art. 52 et 58 AIMP)

Vote de l'art. 4

L'art. 4 est adopté à l'unanimité.

Art. 5 Sous-traitants (art. 12 AIMP)

Al. 2 Compétences et qualification du nouveau sous-traitant

Garanties financières

A l'al. 2, il est indiqué que « *le nouveau sous-traitant doit disposer des mêmes compétences et qualifications que le précédent sous-traitant proposé et répondre aux conditions de l'appel d'offres* », un commissaire ajouterait que le nouveau sous-traitant doit donner les mêmes garanties.

A l'al. 2 de cet article 5, on règle le cas où le sous-traitant annoncé dans l'offre doit être remplacé au moment de l'exécution des travaux. Dans ces circonstances, il est important que le nouveau sous-traitant possède les mêmes compétences, qualifications et références que le précédent. Faut-il assortir cette condition de garanties ? En principe, il n'est pas exigé que le sous-traitant présente des garanties financières pour l'exécution du marché, ces dernières sont généralement fournies par le soumissionnaire, car il n'y a pas de relation contractuelle directe entre l'adjudicateur et le sous-traitant. Pour un commissaire, le régime de garanties devrait justement assurer le respect du paiement des salaires, des charges sociales, fiscales, etc.

Le CCMP-VD rappelle que l'art. 12 AIMP, en lien avec l'art. 26 AIMP (conditions de participation), spécifie que tout soumissionnaire et tout sous-traitant doit impérativement respecter les dispositions relatives aux conditions de travail, au paiement des salaires, des charges sociales et des impôts, à l'égalité salariale entre femmes et hommes, etc.

Il ne faudrait pas que des garanties viennent se substituer à des qualifications. L'adjudicateur peut décider, au cas par cas, s'il faut une garantie pour l'exécution du marché.

Vote de l'art. 5

L'art. 5 est adopté à l'unanimité.

Art. 6 Location de personnel (art. 12 AIMP)

Proposition de supprimer cet art. 6 pour diverses raisons :

D'abord, cet article ne figurait pas dans le projet mis en consultation. Certaines parties prenantes ont visiblement estimé qu'il fallait ajouter un article relatif à l'encadrement de la location de services, mais les entreprises concernées n'ont pas été consultées à ce sujet et n'ont pas pu répondre à cette proposition. Cet article a des conséquences importantes sur le déroulement des travaux dans les marchés publics.

Ensuite, il est important de souligner que la location de services est particulièrement régie par la législation fédérale. Les entreprises de location de travailleurs temporaires sont soumises à autorisation et doivent signer aussi une convention collective de travail (CCT) qui instaure un équilibre entre la sécurité sociale pour les collaborateurs et la flexibilité pour les entreprises.

Cet article 6 poserait ainsi des problèmes pour des petites entreprises qui, pour l'exécution de certains chantiers, doivent recourir rapidement à du personnel supplémentaire, pour respecter des délais ou faire face à des complications.

Une commissaire estime que cela pose un problème légal de vouloir ajouter cet art. 6 nouveau dans la loi vaudoise (LMP-VD), car d'autres cantons ont voulu introduire de telles clauses, mais ont dû y renoncer faute de base légale suffisante.

A noter que Swissstafing (association suisse des agences de placement) a adressé un courrier à la commission en date du 5 octobre 2021, qui dit en substance *qu'aucun élément ne justifie l'intervention de l'Etat s'agissant de la location de services, y compris dans le domaine des marchés publics. Le fait que la révision récente du droit des marchés publics au niveau national n'évoque aucun problème en relation avec l'intervention des travailleurs temporaires sur les marchés publics en matière de sécurité et de protection sociale, est, selon eux, suffisant pour démontrer qu'il n'existe pas de problèmes spécifiques à la branche de la location de services.*

Selon Swisstafig, le projet d'art. 6 perd de vue le fait que le recours à la main d'œuvre temporaire vise justement à combler des besoins urgents en main d'oeuvre. Ce système que le projet de loi souhaite mettre en place engendrera sans aucun doute des retards dans l'exécution, ce qui n'est ni dans l'intérêt de l'adjudicateur, ni celui du soumissionnaire.

Appliquer les mêmes règles au personnel temporaire

Suite au retour de la consultation publique, le Conseil d'Etat a en effet ajouté cet article après consultation bilatérale des partenaires sociaux, en particulier le syndicat UNIA et la FVE. L'article 6 tel qu'il est rédigé, n'exclut pas le recours au personnel temporaire, mais exige d'appliquer à ce personnel temporaire les mêmes règles de vérification qui valent pour le personnel des sous-traitants.

Cet article permet de s'assurer que le personnel temporaire ne fasse pas l'objet de dumping salarial ou social. L'Etat a déjà été confronté à des situations où l'entreprise de location de services ne respectait pas les conditions de travail et biaisait de ce fait la libre concurrence.

Répondre à une situation d'urgence

Des commissaires craignent que l'annonce préalable de tout recours à la location de personnel, pour contrôle et approbation, complique nettement la procédure, alors que l'appel à du personnel temporaire répond souvent à une situation d'urgence. Dans ces situations, il faut avoir accès à du personnel plus rapidement qu'en mandatant un sous-traitant. Le but de l'engagement de personnel temporaire n'est donc pas le même que celui de l'engagement de sous-traitants ou de personnel fixe.

Par rapport à la sous-traitance, on se trouve donc à un autre moment de la procédure. Tel que l'article est rédigé, l'annonce doit effectivement être faite préalablement au début de l'activité de ces travailleurs sur le chantier.

Plusieurs commissaires constatent un recours systématique et substantiel aux travailleurs temporaires, c'est pourquoi certains membres de la commission auraient souhaité une annonce, un contrôle et une approbation en amont, comme pour les sous-traitants. Dans sa réponse à la consultation, le syndicat UNIA proposait plutôt un ajout à l'art. 5 et non pas un article spécifique qui offre plus de flexibilité.

Le CCMP-VD explique qu'il n'a pas semblé pertinent de demander au soumissionnaire, au moment du dépôt de son offre, d'annoncer des bailleurs de services auxquels il pourrait faire appel en cas de besoin en cours d'exécution du marché. Certes, cela aurait été possible pour des entreprises qui savent à l'avance qu'elles vont recourir à des travailleurs temporaires.

Fragilisation des conditions de travail / parts plafonnées de la location de services (LSE)

Par rapport à la location de personnel, on ne parle pas de quelques travailleurs temporaires isolés, car la réalité du marché est telle que sur certains chantiers il y a parfois une part substantielle des travailleurs qui proviennent de la location de services. Pour les collectivités publiques et pour les partenaires sociaux, il convient d'être vigilant tant avec les soumissionnaires, les sous-traitants que les entreprises de location de personnel.

Un commissaire considère qu'actuellement la location de services fragilise l'entier des conditions de travail des branches concernées. Selon lui, la solution proposée par le Conseil d'Etat ne va pas assez loin, car elle ne permet pas une maîtrise suffisante du recours à la main d'œuvre temporaire au niveau des adjudications.

Il insiste sur l'importance d'une démarche préventive déterminante par rapport à une forme de travail précaire qui, vu la relation triangulaire entre le bailleur de services, l'entreprise locataire et le travailleur temporaire est plus difficile à contrôler.

Il défend une limitation au recours à des employés temporaires en introduisant une valeur plancher minimum de collaborateurs fixes. Cette disposition légale viserait à ce que les entreprises répondant à des appels d'offres de marché public soient en mesure de réaliser les travaux avec leur propre personnel et que la possibilité de recourir au travail temporaire soit limitée. La proposition serait de 80% de travailleurs fixes pour les grandes entreprises, avec un barème un peu plus bas pour les petites entreprises afin de leur permettre de recourir à la location de services pour obtenir des marchés un peu plus grands.

Le but n'est pas de saborder la location de services qui est d'ailleurs un secteur conventionné. Par contre, les mécanismes qui permettent d'exclure un soumissionnaire ou un sous-traitant non conforme ne sont pas les

mêmes pour les entreprises de location de services. L'art. 6 permettra à la commission paritaire de faire des contrôles plus fréquents en amont. Le commissaire considère que la disposition reste minimaliste, mais absolument nécessaire pour garantir l'application de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE).

Si, dans un premier temps, le commissaire peut se contenter de cette nouvelle disposition, il reste persuadé qu'il faudra, à terme, mettre en place un mécanisme plus substantiel qui garantira l'égalité de traitement entre les métiers de la construction et les locataires de services. Par égalité de traitement avec les sous-traitants, il est normal de pouvoir vérifier les conditions de travail et de salaires des employés temporaires (LSE).

Sur le principe, la Conseillère d'Etat soutient l'emploi fixe (formation, stabilité, etc.) plutôt que l'emploi temporaire qui tend à fragiliser la situation des travailleurs ; mais il est difficile de savoir quelle est la juste proportion de personnel fixe pour l'exécution d'un marché public. Ce pourcentage devrait être déterminé dans la loi, car à Genève le tribunal a retoqué cette limite du nombre de travailleurs temporaires qui figurait dans un règlement.

Éviter des règles trop lourdes

Un commissaire estime qu'il y a assez de limites et de contraintes. Il rappelle que, dans son appel d'offres, l'adjudicateur peut limiter le recours aux travailleurs temporaires. Il faut éviter aussi d'édicter des règles trop lourdes à mettre en place administrativement. Si les règles sont respectées, les travailleurs ne sont pas précarisés par ce type de contrat. La signature de contrats à durée déterminée (CDD) peut s'avérer plus précaire pour les employés.

Le contrôle et l'approbation prévus à l'art. 6 ont pour objectif de vérifier auprès de la commission paritaire compétente que le bailleur de services est bien en règle.

Cadrer la location de services (LSE)

Une partie de la commission n'arrive pas à concevoir que les associations patronales acceptent de mieux cadrer la sous-traitance et la sous-traitance en cascade, sans vouloir se préoccuper de la location de services. Ces commissaires ne pourraient pas accepter pareille inégalité de traitement, soit l'absence de contrôle et approbation pour le travail temporaire.

Une autre partie de la commission partage l'objectif de dénoncer les « moutons noirs », mais considère qu'il faut moduler les dispositions contraignantes. Il n'y a pas d'inégalité de traitement, les travailleurs temporaires bénéficient des conditions des CCT, location de services et du secteur concerné. La location de services est indispensable aux entreprises pour faire face aux aléas d'un chantier ou d'un marché en général.

Amendement du Conseil d'Etat

Ayant pris en considération les divers échanges ci-dessus, le Conseil d'Etat a soumis avec un amendement qui répond au souhait d'une majorité de la commission de prévoir un régime d'exception au régime général énoncé à l'al. 1, afin de tempérer la nécessité d'obtenir, dans des situations d'urgence, les obligations d'annonce et de contrôle préalables. Le CCMP-VD donne l'exemple d'un ouvrier accidenté qui doit être remplacé du jour au lendemain sur un chantier et explique que ce genre de situation serait considéré comme une urgence permettant de différer les obligations d'annonce et de contrôle qui se feraient dans un second temps.

Ce nouvel al. 2 s'inspire de plusieurs dispositions contenues dans la législation fédérale sur le service de l'emploi et la location de services en matière de conclusion de contrat, soit les art. 22 LSE, 48 et 50 OSE (Ordonnance sur le service de l'emploi).

Amendement proposé par le Conseil d'Etat : Art. 6, al. 2 nouveau

² En cas d'urgence, l'annonce, le contrôle et l'approbation peuvent exceptionnellement être différés. L'annonce doit s'effectuer dans les plus brefs délais après l'entrée en fonction du personnel mis à disposition.

« Dans les plus brefs délais »

L'expression « dans les plus brefs délais » est une notion juridique indéterminée et le délai dépendra de chaque situation, jugée au cas par cas. Dans le contrat d'entreprise, la jurisprudence admet que l'annonce immédiate ou sans délai des défauts cachés peut intervenir dans les 7 jours.

En cas de recours à la location de personnel, le principe tel qu'énoncé à l'al. 1 doit prévaloir, soit l'annonce préalable à l'adjudicateur pour contrôle et approbation avec une exception à l'al. 2 qui sera traitée restrictivement. En pratique, ce n'est pas le régime d'exception qui va devenir le principe. Il faudra notamment démontrer le caractère de l'urgence pour ne pas devoir annoncer préalablement le recours à la location de service.

Les entreprises ont l'habitude de demander des autorisations spéciales dans des délais rapides, par exemple pour des prolongations d'horaires de travail ou des demandes pour travailler le week-end. La disposition « dans les plus brefs délais » ne devrait pas poser de problème pour les entreprises.

Consensus sur le texte de l'art. 6 amendé

D'un côté, la commissaire qui voulait supprimer l'art. 6 peut se rallier à l'amendement proposé par le Conseil d'Etat qui répond aux situations d'urgence où l'entreprise doit faire immédiatement appel à du personnel temporaire pour poursuivre les travaux. De l'autre côté, un commissaire aurait volontiers proposé une valeur plancher correspondant à un nombre ou un pourcentage minimal de travailleurs engagés en fixe ; mais si l'art. 6 tel amendé est adopté, il peut également s'y rallier.

Bien que l'amendement soit bien formulé juridiquement, il est demandé d'ajouter le terme « **dans ce cas** » au début de la deuxième phrase.

Amendement :

² En cas d'urgence, l'annonce, le contrôle et l'approbation peuvent exceptionnellement être différés. Dans ce cas, l'annonce doit s'effectuer dans les plus brefs délais après l'entrée en fonction du personnel mis à disposition.

Vote de l'amendement :

L'amendement à l'art. 6, al. 2 nouveau, est adopté à l'unanimité.

Vote de l'art. 6

L'art. 6 tel qu'amendé est adopté à l'unanimité.
--

Proposition d'un nouvel art. 6a : Conflits d'intérêts et incompatibilité

L'application de l'article 13 AIMP sur la récusation va permettre à un municipal en exercice de soumissionner pour un marché dans sa propre commune, pour autant qu'il se récusé au moment de l'évaluation des offres et du vote pour l'attribution du marché. Le Conseil d'Etat se réfère aux règles de récusation figurant dans l'AIMP (art. 13), mais un commissaire veut renforcer ces dispositions dans la LMP-VD.

Il prône la clarté dans les attributions de marchés et ne voit aucun avantage pour les communes à se retrouver dans des situations de conflits d'intérêts de ce type qui risquent d'abimer leur réputation. Selon lui, on ne peut pas échapper au fait que le municipal-soumissionnaire parle avec ses collègues, ce qui va inévitablement constituer un risque et créer un malaise. L'objectif premier de son amendement est d'éviter le risque de corruption.

Il est redouté que le conflit d'intérêts subsiste au moment où les autres municipaux vont évaluer l'offre de leur collègue. Une autre crainte serait que le municipal entrepreneur soit avantagé par sa connaissance du projet à l'interne et dispose d'informations privilégiées en amont de l'appel d'offres. Au-delà des critères et de la pondération, le municipal peut connaître les sensibilités de ses collègues et des personnes nommées dans la commission d'évaluation.

Pour protéger également les municipaux eux-mêmes et réduire les risques de conflits d'intérêts, une minorité de la commission est en faveur du maintien de la règle actuelle où les municipaux ne peuvent pas présenter d'offre pour les marchés organisés par leur commune (art. 7, al. 1 RLMP actuel – Incompatibilité).

Le nouvel article suivant est proposé (art. 6a) :

Art. 6a Conflit d'intérêts (nouveau)

Un conseiller municipal en exercice ou la société dans laquelle il est actionnaire majoritaire, qu'il dirige ou dont il est administrateur, ne peut soumissionner à un marché public de la commune dont il est conseiller municipal.

Règle de la récusation

Selon le nouveau droit, un municipal entrepreneur, ingénieur ou architecte, pourra soumissionner pour un marché de sa commune. Toutefois, à l'art. 13 AIMP il est clairement spécifié que les personnes qui ont un intérêt personnel dans le marché ne peuvent participer à la procédure. L'entrepreneur qui est municipal et qui dépose une offre pour sa commune est naturellement exclu du comité d'évaluation du marché. Ce municipal ne va pas pouvoir consulter et évaluer les autres offres.

Le Conseil d'Etat trouve que l'art. 13⁷ AIMP formule des garde-fous juridiques suffisants, sans devoir ajouter des dispositions de cet ordre dans la LMP-VD.

En accord avec les enjeux du développement durable, il faut aussi veiller à ce que l'argent public puisse retourner dans l'économie locale et favoriser les circuits courts.

Par rapport à l'avantage que tirerait un municipal de sa connaissance du dossier, l'art. 14 AIMP, qui porte sur la préimplication, prévoit spécifiquement que les soumissionnaires qui ont participé à la préparation d'une procédure d'adjudication ne sont pas autorisés à présenter une offre.

La Conseillère d'Etat rappelle encore qu'en prêtant serment, les municipaux s'engagent à administrer avec fidélité et impartialité les biens communaux. De plus, les processus de récusation sont maintenant ancrés dans la loi sur les communes (LC).

Les municipalités sont habituées à prendre des décisions difficiles et parfois impopulaires ; il existe d'autres situations où les municipaux doivent se récuser lorsqu'il y a un intérêt personnel à l'affaire traitée conformément à la législation sur les communes (art. 65a LC). Il s'agit aussi d'une question de confiance dans le respect de l'obligation de récusation, lorsque la partialité affecte concrètement la procédure d'adjudication. Les règles, notamment de récusation, garantissent que les travaux seront adjugés en toute transparence et sans discrimination. Les soumissionnaires ont d'ailleurs accès à l'évaluation des offres concurrentes.

Le Conseil d'Etat estime que ces deux dispositions, AIMP et LC, règlent le problème.

Plusieurs commissaires estiment qu'il n'est pas nécessaire d'ajouter une caution dans la loi et que les personnes concernées savent se récuser quand il y a conflit d'intérêt.

Proportionnalité de l'interdiction de soumissionner

Pour la Conseillère d'Etat, l'interdiction faite à tout municipal en exercice de soumissionner pour un marché de sa commune ne semble pas proportionnée au but visé, car l'effet peut être massif pour un petit artisan de la place.

Un commissaire juge au contraire que l'empêchement est proportionné puisqu'il ne concerne que la commune dans laquelle le municipal est en exercice.

⁷ Art. 13 AIMP - Récusation

1 Ne peuvent participer à la procédure d'adjudication, du côté de l'adjudicateur ou du jury, les personnes qui :

- a. ont un intérêt personnel dans le marché ;
- b. sont liées par les liens du mariage ou du partenariat enregistré ou mènent de fait une vie de couple avec un soumissionnaire ou un membre de l'un de ses organes ;
- c. sont parentes ou alliées, en ligne directe ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale, d'un soumissionnaire ou d'un membre de l'un de ses organes ;
- d. représentent un soumissionnaire ou ont agi dans la même affaire pour un soumissionnaire, ou
- e. ne disposent pas, pour toute autre raison, de l'indépendance nécessaire pour participer à la passation de marchés publics

Amendement : Art. 6a (nouveau) Conflit d'intérêts

Un conseiller municipal en exercice ou la société dans laquelle il est actionnaire majoritaire, qu'il dirige ou dont il est administrateur, ne peut soumissionner à un marché public de la commune, dont il est conseiller municipal.

Vote de l'amendement

Cet art. 6a nouveau est refusé par 6 voix contre et 4 voix pour.
--

Art. 7 Peines conventionnelles (art. 12 AIMP)

Salaires impayés par des sous-traitants

Dans des marchés publics, on se retrouve parfois dans des situations où des entreprises, principalement des sous-traitants, ne paient pas leurs salariés en cours d'exécution du marché. Dans ce type de situation, un commissaire qualifie la peine conventionnelle d'instrument un peu faible, qu'il proposerait de compléter par la rétention du paiement des factures dans le cas où les salariés annoncent, et peuvent prouver, le non-paiement de leurs salaires. Ce procédé n'a actuellement pas de base légale. Cela ne concernerait de loin pas l'ensemble du marché, mais quelques entreprises connues pour de tels agissements.

Il ne s'agit pas de peine conventionnelle à proprement parler, quoiqu'il pourrait être mentionné dans le contrat avec le soumissionnaire retenu que l'adjudicateur se réserve la possibilité de retenir le paiement de certaines factures.

La Conseillère d'Etat estime que la problématique du non-paiement des salaires par un sous-traitant ne peut pas se régler au travers des peines conventionnelles.

Un commissaire soutient les démarches et procédures de contrôle, mais pas au niveau de la loi vaudoise. Les abus de la part d'organisations mafieuses, par exemple quand des travailleurs non payés retournent dans leur pays d'origine, doivent être remontés au niveau suisse tant du côté de l'association des entrepreneurs que des syndicats, pour faire évoluer la législation fédérale.

Ces éléments n'amènent pas au dépôt d'un amendement.

Vote de l'art. 7

L'art. 7 est adopté à l'unanimité.

Art. 8 Respect des conditions de travail (art. 12 AIMP)

Lors de sa séance du 23 novembre 2021, la commission a longuement débattu de l'al. 2 à l'art. 8. Entretemps, le 14 décembre 2021, une rencontre a eu lieu entre la Cheffe de département et les représentants des partenaires sociaux, à savoir le syndicat UNIA et la Fédération vaudoise des entrepreneurs (FVE), afin de clarifier les points de discord.

Courrier du Secrétariat de la Commission de la concurrence (COMCO)

Toujours concernant l'art. 8, mais cette fois l'al. 1, la présidente a reçu le 19 janvier 2022 un courriel de la part du responsable Marché intérieur au Secrétariat de la Commission de la concurrence (COMCO). Il était également annexé un courrier adressé le 9 décembre 2021 au DIRH du Canton de Vaud considérant que le département ne prend, d'après elle, pas correctement en compte le droit du marché intérieur.

En résumé, le Secrétariat de la COMCO a informé la commission que, de son point de vue, l'al. 1 à l'art. 8 du projet LMP-VD serait en conflit avec la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI). Le fait de prévoir qu'en présence d'une convention collective de travail (CCT) étendue dans le canton de Vaud, dont les termes ne connaissent pas leur équivalent en Suisse, cette CCT s'appliquerait aux entreprises extracantonales, lorsqu'elles fournissent des prestations dans le canton de Vaud, constituerait une restriction illicite au libre accès au marché, étant donné qu'il n'existe pas de base légale permettant de déroger aux principes de la présomption d'équivalence des prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu de résidence.

Le Secrétariat de la COMCO n'a pas formulé le souhait d'être entendu par la commission.

Art. 8 al. 1

Le fait de pouvoir définir des circonstances concrètes dans lesquelles il est possible d'appliquer le principe du lieu d'exécution en matière de conditions de travail a constitué un facteur décisif de l'adhésion à l'AIMP d'un certain nombre de cantons, dont le Canton de Vaud, qui ont une tradition de dialogue avec les partenaires sociaux. Il a fallu négocier de haute lutte pour que les principes qui guident la saine concurrence puissent s'appliquer véritablement. Dans les cantons de Vaud et Genève, les partenaires sociaux, très actifs dans la défense des droits acquis, ont poussé pour que l'AIMP s'éloigne, autant que faire se peut, du principe général défendu par la COMCO qui stipule que, conformément à la loi sur le marché intérieur (LMI), une passation de marché est possible aux conditions de travail du lieu du siège de l'entreprise et non pas aux conditions de travail du lieu d'exécution du marché.

Dans sa réaction, le Secrétariat de la COMCO rappelle que la LMI présume que les conditions de travail sont équivalentes dans tous les cantons suisses et indique qu'il pourrait s'avérer que l'art. 8, al. 1 du projet LMP-VD soit reconnu nul d'un point de vue juridique.

L'al. 1 de l'art. 8 LMP-VD précise ainsi les circonstances particulières dans lesquelles le principe du lieu d'exécution est susceptible de trouver application. Ces circonstances supposent tout d'abord l'existence d'une CCT dont le champ d'application a été étendu au canton de Vaud. Elles supposent ensuite que des prestations soient offertes par une entreprise (soumissionnaire ou sous-traitant) dont le siège ou l'établissement se situe dans un autre canton suisse dans lequel les conditions de travail en vigueur s'écartent à la baisse de celles fixées dans la CCT vaudoise et constitue de la sorte du dumping. Elles supposent enfin que les prestations en cause soient exécutées dans le canton de Vaud.

Selon le Conseil d'Etat, il s'agit de la disposition essentielle qui définit les circonstances particulières qui permettent l'application du principe du lieu d'exécution dans le cadre des marchés publics vaudois. Cette disposition est au centre des différentes appréciations entre le Secrétariat de la COMCO et le Canton de Vaud qui compte un grand nombre de CCT de force obligatoire. Le Conseil d'Etat considère que cet al. 1 à l'art. 8 est conforme aux conclusions d'un avis de droit de la COMCO en la matière qui conclut que le principe du lieu de provenance ne s'applique pas de façon absolue et peut être limité lorsque cela est nécessaire pour sauvegarder des intérêts publics prépondérants et que la protection de ces intérêts n'est pas déjà assurée par les prescriptions du lieu de provenance.

Jurisprudence

Il apparaît que le Canton de Vaud d'une part et le Secrétariat de la COMCO d'autre part se réfèrent à des jurisprudences différentes (différents ATF).

La COMCO a rendu un avis de droit juste avant l'adoption de l'AIMP par les cantons. Le DIRH se réfère quant à lui à l'ATF 128 II 13 qui considère comme admissible que des entreprises qui seraient soumises à une convention nationale soient de plus soumises à des conditions particulières prévues par une CCT vaudoise de force étendue quand elles exécutent une prestation dans le canton de Vaud. Il est notamment dit « *ni la loi sur le marché intérieur (LMI) ni la loi sur les marchés publics (LMP) n'excluent l'application de la loi d'extension des conventions collectives (LECCT)* ». Les positions de la COMCO et du SECO peuvent diverger, c'est pourquoi bon nombre de praticiens appellent à une clarification de la conformité des deux lois fédérales de même rang la LMI et la LECCT.

En résumé, le Secrétariat de la COMCO rappelle qu'en application de la LMI, les cantons sont, hormis dans de rares situations, tenus d'appliquer le principe du lieu de provenance. L'art. 8, al. 1 LMP-VD commence d'ailleurs par dire que la question n'est régie que dans l'hypothèse où il y a des conventions collectives de travail de force étendue et implique dès lors un examen de la situation au cas par cas. Le Conseil d'Etat clarifie bien l'objectif de la disposition, son champ d'application et dans quelles circonstances elle pourrait s'appliquer. Il est spécifié que les conditions du lieu d'exécution s'appliquent seulement quand il n'y a pas d'équivalence au lieu de provenance du soumissionnaire, ce qu'il conviendra d'examiner dans chaque cas. Selon le Secrétariat de la COMCO aussi, l'application des prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution est conforme à la LMI lorsqu'aucune prescription équivalente ne s'applique au lieu de provenance et qu'un intérêt public prépondérant justifie l'application des prescriptions du lieu d'exécution.

Lieu d'exécution

Un commissaire rappelle que lorsque la loi fédérale sur les marchés publics est passée devant le Conseil national, ce dernier était clairement en faveur du principe du lieu d'exécution. Ce principe reste valable pour les soumissionnaires étrangers qui fournissent des prestations en Suisse et pour les marchés fédéraux. Selon ce commissaire, il faut que la Confédération s'attelle à la révision de la LMI et il faut être prêt à défendre la position vaudoise.

Le Conseil d'Etat estime que cette disposition (al. 1, art. 8) est conforme au propre avis de droit de la COMCO adressé aux cantons au moment de la signature de l'AIMP. La commission trouve que la rédaction du projet vaudois reste très mesurée, et ne souhaite en aucun cas affaiblir cette formulation.

Prestations intellectuelles

Le cas des prestations intellectuelles est très délicat, en particulier le domaine architecture et ingénierie où il y a des conventions dans certains cantons, mais pas dans d'autres, et il est parfois difficile de différencier la partie strictement intellectuelle, de la partie pratique. Au final, les différentiels de coûts peuvent être assez élevés.

Il est précisé dans la disposition de la LMP-VD que cela ne vaut que lorsque les prestations sont fournies dans le canton de Vaud.

Amendement du Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat maintient que l'art. 8, al. 1, est conforme du point de vue juridique. Afin d'éviter tout risque de mauvaise interprétation, il propose, en reprenant la formulation de la COMCO, l'amendement suivant qui complète l'al. 1 :

¹ Les conditions de travail fixées dans une convention collective de travail dont le champ d'application est étendu au canton de Vaud et dont les termes ne connaissent pas leur équivalent au siège ou à l'établissement en Suisse du soumissionnaire ou de ses sous-traitants leur sont applicables lorsqu'ils fournissent des prestations dans le canton de Vaud et que l'application de ces conditions de travail répond à un intérêt public prépondérant, tel que la protection contre le dumping social.

Vote de l'al. 1 tel qu'amendé

L'al. 1 de l'art. 8 tel qu'amendé est adopté à l'unanimité.

Prescriptions relatives à la protection de l'environnement au lieu de la prestation

Suite aux discussions relatives aux conditions de travail, un commissaire rappelle que l'art. 12, al. 3 AIMP mentionne explicitement que les soumissionnaires doivent respecter au moins les prescriptions légales relatives à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles en vigueur au lieu de la prestation.

Le CCMP confirme qu'il s'agit de droit public impératif. Ces prescriptions ne sont pas touchées par la LMI étant donné que les impacts environnementaux ne peuvent que se vérifier sur place, au lieu d'exécution. Cela explique la différence entre les alinéas 1 [conditions de travail en vigueur en Suisse] et 3 [prescriptions relatives à la protection de l'environnement en vigueur au lieu de la prestation] de l'art. 12 AIMP.

Art. 8 al. 2

Contrôle de l'application des conditions de travail

A la séance du 23 novembre 2021, il a été abordé la question du droit d'accès afin que le contrôle du respect des conditions de travail puisse être effectué et pour souligner l'importance du contrôle préventif de la part des partenaires sociaux. Il n'est pas explicitement mentionné à cet art. 8 LMP-VD que les partenaires sociaux ont aussi un rôle à jouer dans les contrôles.

Après discussions avec la Cheffe de département, les partenaires sociaux (UNIA et FVE) sont arrivés à la conclusion que la loi n'était pas forcément l'endroit le plus indiqué pour ancrer ce principe. Cependant, ces éléments essentiels - travail de terrain et droit d'accès - pourraient figurer au niveau du règlement.

Concernant l'activité de contrôle de la commission tripartite dans des secteurs non couverts par des CCT, l'échange de vues n'a pas encore permis d'aboutir à des dispositions précises d'application. Il faudra mieux documenter le nombre de cas et les branches concernées.

Il faut savoir que les collectivités publiques, cantons et communes, délèguent (sous-traitent) énormément, et de plus en plus de tâches, telles que le nettoyage, la restauration, la blanchisserie dans les hôpitaux, etc., qui font partie de domaines où, s'il y a des organes paritaires, ces derniers n'ont pas les capacités de contrôle qui existent aujourd'hui par exemple dans la construction. Dans le domaine de la construction, les notions d'information et de sensibilisation existent déjà avec les partenaires sociaux. De manière plus générale, les partenaires sociaux devront discuter de cette problématique dans le cadre de l'application approfondie de la charte éthique vaudoise des marchés publics.

L'enjeu est bien de donner la possibilité de contrôler les conditions de travail des domaines non-conventionnés qui représentent env. 50% du marché du travail, même s'il s'agit de secteurs où il y a probablement moins de marchés publics, quoique tout de même nombreux dans le domaine des services. Un commissaire rappelle que dans les secteurs économiques non soumis à une convention collective de travail étendue (CCT), une commission tripartite cantonale composée de représentants des partenaires sociaux et de l'administration cantonale est déjà chargée de prévenir et de combattre les éventuels abus au regard des salaires en usage.

Formulation au niveau du règlement

A l'art. 3, lit. e, du projet de règlement d'application (RLMP-VD) qui concerne les conditions de travail, le Conseil d'Etat propose d'ajouter le point suivant relatif à l'accès : « les associations professionnelles intéressées sensibilisent les différents acteurs au respect des conditions de travail et peuvent accéder aux chantiers afin d'exercer leurs activités d'information ».

Vote de l'art. 8, al. 2

L'al. 2 de l'art. 8 (sans modification) est adopté à l'unanimité.

La parole n'étant pas demandée à l'al. 3, les membres de la commission passent au vote sur l'art. 8 :

Vote de l'art. 8 tel qu'amendé à l'al. 1 :

L'art. 8 est adopté à l'unanimité.

Art. 9 Développement durable

Titre de l'article

A la différence des articles précédents, il n'est pas fait référence à l'art. 12 AIMP, notamment aux al. 3 et 4.

Il est expliqué que l'art. 12 AIMP expose des conditions de participation aux marchés qui sont des exigences impératives à respecter. Il faut les distinguer des critères d'adjudication énoncés à l'art. 29 AIMP et des critères d'aptitude à l'art. 27 AIMP, qui sont des exigences qui se rapportent aux soumissionnaires. C'est l'adjudicateur qui va décider, pour un marché donné, du type de critères d'adjudication et d'aptitude. L'adjudicateur peut aussi prévoir des spécifications techniques qui sont énoncées à l'art. 30 AIMP et qui sont déjà connues en droit vaudois à l'art. 16 du règlement (RLMP-VD), cela concerne les spécifications de matériaux ou de produits qui vont devoir être utilisés.

A l'art. 9 LMP-VD, une référence légale à l'art. 12 AIMP n'est pas parue opportune puisqu'il n'est pas traité de conditions de participation.

Art. 9 - proposition de nouvel alinéa

Le développement durable figure à l'art. 2 dans les buts de l'AIMP et à l'art. 29 concernant les critères d'adjudication. Par contre, la loi vaudoise (LMP-VD) se concentre à cet art. 9 sur les questions de labels. Un commissaire propose le nouvel alinéa ci-dessous qui se fonde sur l'art. 30 AIMP et ajoute surtout la dimension climatique. Dans le domaine de la protection du climat, les choses évoluent rapidement et on peut prévoir qu'une nouvelle loi relative au CO2 sera prochainement proposée par le Conseil fédéral. Les objectifs en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre vont obliger les pouvoirs adjudicateurs à agir dans le secteur des marchés publics. Il s'agit de prévoir des spécifications techniques pour les ressources naturelles

et l'environnement, et notamment pour protéger le climat au sens de l'agenda 2030 adopté par le Conseil d'Etat en juin 2021.

Proposition de nouvel alinéa (amendement ensuite retiré) :

² L'adjudicateur prévoit, le cas échéant, des spécifications techniques permettant de préserver les ressources naturelles et de protéger le climat comme l'environnement.

Le terme « le cas échéant » donne un peu de souplesse. L'art. 30 AIMP spécifie que l'adjudicateur peut prévoir des spécifications techniques permettant de préserver les ressources naturelles ou de protéger l'environnement.

Conséquences sur l'utilisation de matériaux locaux

Une commissaire souligne le fait que les coûts externes, notamment les coûts des atteintes à l'environnement, ne sont pas suffisamment pris en considération dans les coûts des produits et des prestations. Il serait important de mettre l'accent sur le coût réel des matériaux.

L'al. 1 encourage déjà la prise en considération du développement durable, mais on pourrait préciser qu'il s'agit particulièrement de préserver les ressources naturelles et de protéger le climat. Le commissaire estime que l'al. 2 actuel proposé par le Conseil d'Etat couvre déjà la possibilité pour l'adjudicateur de prévoir des labels environnementaux ou sociaux (développement durable).

Le développement durable – titre de l'art. 9 – englobe l'environnement, les critères sociaux et économiques.

A son art. 30, al. 4 sur les spécifications techniques, l'AIMP stipule que l'adjudicateur peut prévoir des spécifications techniques permettant de préserver les ressources naturelles ou de protéger l'environnement. La dimension sociale figure également dans cet article en réponse aux préoccupations des partenaires sociaux.

A la suite de ces arguments et considérant que l'art. 30 AIMP est une protection suffisante, le commissaire renonce à déposer un amendement.

Art. 9, al. 3 - Réponse à la motion Yvan Pahud (19_MOT_073)

La discussion sur la motion Yvan Pahud - Pour une véritable promotion du bois comme unique matériau renouvelable (19_MOT_073) - et sur le contre-projet déposé par le Conseil d'Etat, a principalement eu lieu à l'examen de l'al. 3 de cet art. 9.

L'al. 3 permet aux adjudicateurs de se référer spécifiquement (mais pas uniquement) au Label Bois Suisse dans les marchés de travaux de construction et rénovation. Le Label Bois Suisse délivré par Lignum garantit l'origine suisse du bois à son utilisateur final ainsi que le respect des prescriptions légales, des usages et des standards de la branche.

L'al. 3 concerne tout type d'adjudicateur (canton, communes, associations de communes ou autres entité soumises à la législation vaudoise sur les marchés publics) et tout type d'ouvrage (bâtiments, passerelles, abris bus, couverts à vélos, etc.). Cette disposition limite toutefois l'utilisation du Label Bois Suisse aux marchés non soumis aux accords internationaux afin de ne pas entrer en contradiction avec les engagements internationaux de la Suisse. Avec cette règle, il s'agit d'encourager l'utilisation d'un bois produit durablement et provenant de toutes les régions de Suisse.

Le motionnaire se déclare entièrement satisfait du contre-projet ainsi proposé par le Conseil d'Etat.

Marchés non soumis aux accords internationaux

Il est rappelé que la valeur seuil pour les marchés internationaux est fixée à CHF 8.7 millions. Le montant du marché va dépendre de la manière dont la réalisation sera attribuée, à une seule entreprise générale ou totale, ou en attribuant différents marchés de construction.

L'al. 3 sensibilise le maître d'œuvre à la possibilité d'exiger l'utilisation de bois suisse.

Obligation d'exiger le Label Bois Suisse

Selon le motionnaire, pour les plus grands ouvrages en bois de Suisse, les charpentiers n'ont jamais été en concurrence avec des entreprises étrangères. Cela veut bien dire que l'Etat de Vaud ne risquerait quasiment rien en obligeant les entreprises à proposer du bois suisse. Le député serait tenté par une formulation plus

contraignante de l'alinéa 3 en remplaçant le verbe pouvoir par devoir : « ..., le Label Bois Suisse ou son équivalent ~~peut~~ doit notamment être exigé ».

En effet, si l'adjudicateur n'exige pas du bois suisse, il est quasiment certain que le bâtiment sera construit ou rénové avec du bois étranger. Cette exigence n'est toutefois pas possible pour les marchés soumis aux accords internationaux.

Il est rappelé que l'art. 77 de la Loi forestière vaudoise (LVLFo) a été modifié pour privilégier le recours au bois lors de la planification de tous les bâtiments subventionnés par l'Etat. La LVFo mentionne que le Conseil d'Etat et les communes encouragent le recours au bois issu des forêts vaudoises dans les constructions.

La LMP-VD s'applique à l'ensemble des entités publiques et parapubliques du canton, ce qui représente un très grand nombre de marchés. Suivant les périodes, il peut y avoir pénurie de bois suisse et cette obligation n'offrirait aucune alternative possible. Pour cette raison, le Conseil d'Etat propose de garder la forme potestative, plutôt que de risquer d'entraver la réalisation d'infrastructures à cause de cette exigence nouvelle.

Variantes

Il est aussi possible qu'un adjudicateur demande des variantes de la part des entreprises. Dans l'évaluation des offres, l'adjudicateur peut ainsi avantager l'utilisation du Label Bois Suisse sous l'angle du développement durable. Au final, c'est l'offre qui obtient le plus grand nombre de points sur la totalité des critères énoncés qui emporte le marché.

Le motionnaire confirme que le bois suisse n'aurait aucune chance face aux labels internationaux PSC ou PEFC qui regroupent l'entier des bois sur le marché. Il se satisfait de la proposition du Conseil d'Etat.

Lieu de production des matériaux et distance de transport

Un commissaire aborde la question de la distance que doivent parcourir certains matériaux utilisés dans la construction. Il estime que ce critère de distance devrait entrer en ligne de compte ; faire venir de l'accoya de Nouvelle-Zélande est en complète contradiction avec les critères environnementaux et de développement durable.

Il faudra aussi trouver des solutions par rapport aux éléments préfabriqués en atelier à l'étranger, parfois fort loin de la Suisse. Des kits arrivent depuis l'étranger sur des camions et sont installés sur place ; des bâtiments en structure bois sont construits de cette manière.

Le CCMP indique que l'adjudicateur peut introduire un critère qui vise à évaluer la prise en compte par l'entreprise des aspects de développement durable. Il faut déterminer si l'exigence prévue pour un marché est discriminante à l'encontre des entreprises étrangères. Une entreprise du Jura français ou de Savoie pourrait attaquer l'obligation du Label Bois Suisse.

Concernant le critère de la distance du transport, la jurisprudence admet qu'il soit tenu compte des distances entre le lieu d'approvisionnement et le lieu de livraison (consommation) si cela vient à se produire sur une longue période, par exemple dans le cadre de la livraison de pellets pour une centrale de chauffage. Par contre, on ne peut pas tenir compte des distances entre le siège d'une entreprise et le chantier. Le critère du pays de production n'est pas toujours pertinent. Pour un marché vaudois, un matériau provenant du Jura français va parcourir moins de distance qu'un produit du canton de Saint-Gall.

Il conviendra au cas par cas de trouver le meilleur angle pour pouvoir imposer des exigences en lien avec le développement durable qui ne revêtent pas ce caractère discriminant. Pour rappel, l'adjudicateur peut fournir son propre matériau à l'entreprise, par exemple du bois non labélisé situé dans la forêt de la commune.

Un commissaire est étonné que le critère de la distance soit si rapidement jugé discriminatoire, car il estime qu'il s'agit d'un élément extrêmement problématique tant sur le plan environnemental que des conditions de travail quand on impose plusieurs heures de déplacement à des employés. Il n'est probablement pas possible de résoudre ces questions de distance dans la loi vaudoise, mais il faudra trouver un moyen de les intégrer dans les critères d'adjudication à l'échelle de l'AIMP.

Au niveau du développement durable, tout le monde parle de circuits courts, de diminution de la pollution, etc., mais il s'agirait de se mettre d'accord sur les critères à appliquer. Il faudrait par exemple faire payer le prix du transport en tenant mieux compte des émissions de CO2.

Liberté d'accès aux marchés

Le Conseil d'Etat a déjà eu l'opportunité de rapporter que la très grande partie des marchés publics vaudois sont remportés par des entreprises suisses, majoritairement romandes et même vaudoises. D'un autre côté, l'ouverture de l'accès aux marchés permet à des entreprises suisses de gagner des marchés à l'étranger parfois très importants, comme par exemple ceux obtenus récemment par la société Stadler Rail. D'après la Conseillère d'Etat, les politiques protectionnistes ne sont pas à l'avantage d'un petit pays comme la Suisse, il est important de rappeler que les entreprises ont aussi un intérêt à pouvoir accéder aux marchés internationaux.

Vote de l'art. 9

L'art. 9 est adopté à l'unanimité.

Art. 10 Conseil d'Etat

Application uniforme des procédures par les départements constructeurs

Un commissaire profite de cet article pour saluer le travail effectué par le Centre de compétences sur les marchés publics du canton de Vaud (CCMP-VD) qui œuvre au sein du département des infrastructures à la bonne application de la législation sur les marchés publics par les pouvoirs adjudicateurs vaudois. Il est essentiel que les autres départements constructeurs au sein de l'Etat de Vaud (DFIRE, DSAS), également adjudicateurs, s'alignent sur l'application des procédures de marchés publics en vigueur.

Il est particulièrement important que l'adjudicateur s'assure que les sous-traitants remplissent les conditions de participation. En matière de conditions de travail, il arrive que des ouvriers se déplacent de l'étranger juste pour travailler pendant la semaine sur un chantier vaudois, avant de rentrer le week-end.

Vote de l'art. 10

L'art. 10 est adopté à l'unanimité.

Art. 11 Autorité de surveillance (art. 45 et 62 AIMP)

Vote de l'art. 11

L'art. 11 est adopté à l'unanimité.

Art. 12 Travail au noir

Vote de l'art. 12

L'art. 12 est adopté à l'unanimité.

Art. 13 Listes de soumissionnaires (art. 28 AIMP)

Listes de soumissionnaires

Un commissaire explique qu'avec une liste de soumissionnaires, les entreprises éviteraient de devoir remplir leurs caractéristiques à chaque fois qu'elles répondent à un appel d'offres ; cela permettrait aussi de déterminer à quel type de marché elles peuvent soumissionner. A l'heure actuelle, la liste n'est plus tenue à jour par les associations professionnelles, notamment la FVE qui souhaiterait récupérer cette délégation de compétence pour la gestion de la liste.

La Conseillère d'Etat estime que la liste ne peut se substituer à un contrôle de la véritable situation des soumissionnaires. La liste constitue une indication pour les adjudicateurs qui cherchent à attribuer un mandat. Actuellement, seuls les cantons de Thurgovie et du Valais tiennent de telles listes. Il conviendrait d'évaluer leur valeur ajoutée, d'autant plus que leur création et leur gestion (mise à jour) représentent un travail considérable. Pour des questions de ressources, les listes ne peuvent pas être gérées par le département.

La notion de liste permanente de soumissionnaires qualifiés existe déjà dans la loi actuelle, ainsi que dans le règlement d'application. Le département et les partenaires sociaux sont conscients des limites de la démarche.

Plusieurs commissaires précisent que les adjudicateurs demandent par exemple des attestations de conformité qui datent de moins de trois mois, ce qui rend très difficile la mise à jour d'une liste. Aujourd'hui, les partenaires sociaux contrôlent, à la demande, dans leurs bases de données respectives si l'entreprise est

conforme. Il existe de nombreux contrôles, comme par exemple la liste des entreprises problématiques émise par la commission professionnelle paritaire, mais il est nécessaire de faire valoir un intérêt particulier pour la consulter.

Les modalités relatives à la tenue de la liste des soumissionnaires pourront figurer dans le règlement d'application (RLMP-VD) où il sera possible de définir ce qui est raisonnable de mettre en place.

Concernant ces listes, le problème principal se situe à l'échelon de la sous-traitance et des fameuses chaînes de sous-traitance.

Vote de l'art. 13

L'art. 13 est adopté à l'unanimité, moins une abstention.

Art. 14 Centre de compétences sur les marchés publics

Vote de l'art. 14

L'art. 14 est adopté à l'unanimité.

Art. 15 Dispositions d'exécution

Vote de l'art. 15

L'art. 15 est adopté à l'unanimité.

Art. 16 Disposition transitoire

Art. 17 Abrogation

Art. 18 Exécution

Vote en bloc des art. 16, 17 et 18

L'art. 16, 17 et 18 sont adoptés groupés à l'unanimité.

VOTE FINAL SUR LE PROJET DE LOI SUR LES MARCHÉS PUBLICS (LMP-VD) TEL QU'AMENDÉ

La commission adopte le projet de loi tel qu'amendé à l'unanimité.

VOTE D'ENTRÉE EN MATIÈRE SUR LE PROJET DE LOI SUR LES MARCHÉS PUBLICS (LMP-VD)

A l'unanimité, la commission recommande au Grand Conseil d'entrer en matière sur ce projet de loi.

4. RÉPONSES DU CONSEIL D'ÉTAT AUX INTERVENTIONS PARLEMENTAIRES

4.1. RAPPORT DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LA MOTION YVAN PAHUD ET CONSORTS – POUR UNE VÉRITABLE PROMOTION DU BOIS COMME UNIQUE MATÉRIAU RENOUVELABLE (19_MOT_073) (RÉPONSE À LA CONCLUSION NO 2 DU MOTIONNAIRE)

Le Conseil d'Etat a répondu à cette motion en ajoutant un al. 3 à l'art. 9 LMP-VD.

Dans l'exposé des motifs, le Conseil d'Etat rappelle notamment que la mise à disposition de son propre bois par l'adjudicateur constitue également une solution pratiquée à l'heure actuelle pour favoriser l'usage de bois local. De nombreux pouvoirs adjudicateurs vaudois, qu'il s'agisse du Canton ou de communes, sont propriétaires de forêts. Il est important de garder la forme potestative, car ce bois, propriété de l'adjudicateur, n'est pas forcément labélisé.

Le Conseil d'Etat a proposé le contre-projet suivant que la commission a adopté à l'unanimité lors de l'examen de l'article 9 :

Art.9, al. 3 (nouveau)

³ Dans les marchés non soumis aux accords internationaux relatifs à la construction ou à la rénovation en bois d'un ouvrage, le Label Bois Suisse ou son équivalent peut notamment être exigé.

Vote :

Le rapport du Conseil d'Etat sur la motion Yvan Pahud est accepté à l'unanimité.

4.2. RAPPORT DU CONSEIL D'ETAT SUR LA MOTION GEORGES ZÜND ET CONSORTS – TRAVAILLER À LIVRE OUVERT POUR PLUS DE TRANSPARENCE ET MOINS DE SURCÔÛTS DANS LES MARCHÉS PUBLICS (19_MOT_120)

Le motionnaire prend note que la possibilité de travailler selon la méthode « à livre ouvert » figurera dans le règlement d'application. Il remercie le Conseil d'Etat et ses services pour le travail accompli.

En raison de la densité normative qu'une telle disposition revêt, le Conseil d'Etat prévoit en effet de la faire figurer à l'art. 3 du règlement d'application (RLMP-VD), en le complétant d'une let. f. stipulant que les documents d'appel d'offres contiennent en plus des indications déjà énoncées à l'art. 36 AIMP, le cas échéant, l'exigence selon laquelle la méthode du « décompte ouvert » sera appliquée au marché de travaux réalisés en entreprise générale ou totale.

Vote :

Le rapport du Conseil d'Etat sur la motion Georges Zünd est accepté à l'unanimité.

4.3. RAPPORT DU CONSEIL D'ETAT SUR LE POSTULAT LAURENCE CRETEGNY ET CONSORTS – MANDATS EXTERNES HORS DE NOS FRONTIÈRES, Y A-T-IL PÉNURIE DANS NOTRE CANTON ET EN SUISSE ? (19_POS_119)

La postulante a fait part à la commission qu'elle accepte la réponse du Conseil d'Etat à son postulat, tout en remerciant les services pour le travail accompli. Elle demande de continuer à privilégier notre économie en donnant le travail aux entreprises vaudoises et suisses, en particulier lors de procédure de gré à gré. Selon elle, il est toujours bien de s'approcher de nos cantons voisins pour se renseigner avant d'attribuer certains mandats à des entreprises étrangères.

La postulante soulevait la question des limites à la sous-traitance, en particulier à la sous-traitance en cascade. Ce point a largement été débattu en commission, lors de l'examen de l'art. 5 du projet LMP-VD.

Proportion des marchés publics attribués à des entités suisses

Les chiffres du tableau ci-dessous figurant à la p. 44 de l'EMPD/L (21_LEG_82) montrent que la part de marchés adjugés à des entités suisses atteint entre 95% et 99% du total des marchés attribués par le canton pour les années 2016 à 2020, pour des volumes pouvant aller jusqu'à 340 mios / an.

Année	Valeur totale des marchés adjugés par l'ACV*	Part des marchés adjugés à des entités suisses	Part des marchés adjugés à des entités étrangères
2016	CHF 196'732'576.48	CHF 196'073'794.70 (99.67%)	CHF 658'781.77 (0.33%)
2017	CHF 339'366'735.42	CHF 321'951'969.85 (94.87%)	CHF 17'414'765.57 (5.13%)
2018	CHF 195'469'391.16	CHF 193'923'540.36 (99.21%)	CHF 1'545'850.80 (0.79%)
2019	CHF 193'128'184.22	CHF 188'722'994.75 (97.72%)	CHF 4'405'189.47 (2.28%)
2020	CHF 209'885'235.12	CHF 207'196'937.58 (98.72%)	CHF 2'688'297.54 (1.28%)

**marchés publiés sur la plateforme simap.ch uniquement*

Il ressort de cette statistique, couvrant les années 2016 à 2020, que les marchés soumis à une obligation de publication sont très largement attribués à des entreprises suisses et cela même lorsque ces marchés sont soumis à la concurrence internationale.

Vote :

Le rapport du Conseil d'Etat sur le postulat Laurence Cretegny est accepté à l'unanimité.

4.4. RAPPORT DU CONSEIL D'ETAT SUR LE POSTULAT PATRICK VALLAT ET CONSORTS – MODIFICATIONS DE LA LOI VAUDOISE SUR LES MARCHÉS PUBLICS ET DE SON RÈGLEMENT D'APPLICATION, MESURES D'ALLÈGEMENT ET DE CLARIFICATION ADMINISTRATIVES (13_POS_050)

La commission a reçu une prise de position écrite détaillée de M. Patrick Vallat, qui n'est plus député, sur le rapport du Conseil d'Etat en réponse à son postulat.

Une commissaire du même parti a l'impression que les points soulevés par M. Vallat ont tous été abordés pendant les discussions de la commission. Elle lit la conclusion du message du postulant : « ...l'eau ayant bien coulé sous les ponts depuis 2013, force est de constater que des démarches ont été mises en place dans l'intervalle pour rejoindre mes demandes. Par contre, comme je l'ai déjà dit à maintes reprises en tant qu'expert du domaine qu'il est regrettable que le nouvel AIMP ne profite pas d'intégrer des dispositions d'application particulières pour la mise en concurrence des marchés en partenariat public-privé (PPP). » Pour le reste, le postulant se dit satisfait de ce qui a été fait dans le cadre de cette loi.

Il est rappelé que ce postulat a été déposé en 2013 en pleine affaire Baumag, entreprise à laquelle la construction du bâtiment Geopolis sur le campus de l'UNIL avait été adjugée et qui s'est retrouvée en sécession de paiement (faillite), obligeant l'Etat à reprendre certaines créances impayées.

Potentails d'amélioration de la plateforme simap.ch

Un commissaire revient sur deux points mis en exergue par l'ancien député Vallat :

- AA Le fait qu'il ne soit pas offert dans les procédures ouvertes et sélectives la possibilité de notifier les décisions d'interruption, de sélection et d'adjudication, outre l'appel d'offres, de manière électronique via simap.ch. 2
- AA Le fait que le contrôle de l'aptitude des entreprises via simap.ch ne sera pas mis en vigueur avant 2026.

Notification des décisions sur la plateforme simap.ch

Le CCMP-VD indique, en réponse au premier point, que la plateforme simap.ch est utilisée pour publier l'avis d'adjudication contre lequel il n'y a plus de voie de recours possible, à ce moment-là le projet est bouclé sur la plateforme. En amont, la notification d'adjudication contre laquelle un recours est possible intervient par envoi recommandé, car il faut notifier dans ce courrier la motivation sommaire sur laquelle repose la décision d'adjudication. Il s'agit d'indiquer les notes obtenues par celui qui a remporté le marché, respectivement par les autres participants. A l'heure actuelle, la solution simap.ch ne permet pas de publier l'avis d'adjudication et de lancer la voie de recours.

Dans le futur, la plateforme simap.ch va permettre de déposer les offres sous forme électronique, dans les procédures ouvertes, mais également dans les procédures sur invitation. Alors, il sera important de pouvoir notifier la décision d'adjudication sur la plateforme avec la motivation nécessaire (exposé écrit) pour donner la possibilité de recourir dans un délai rallongé à 20 jours.

Création des profils de soumissionnaires

Sur le deuxième point, le CCMP-VD rappelle que le projet simap.ch 2019 a été interrompu en cours de route. Il est possible de suivre l'évolution du nouveau projet 2023 sur le site www.kissimap.ch. La priorité s'est portée sur la rentrée électronique des offres qui nécessite des développements informatiques importants pour pouvoir sécuriser les flux. La création des profils interviendra dans une deuxième étape annoncée de manière prudente pour 2026. Tous les acteurs du projet travaillent d'arrache-pied afin que les cantons puissent obtenir rapidement ces outils.

Vote :

Le rapport du Conseil d'Etat sur le postulat Patrick Vallat est accepté à l'unanimité.
--

Savigny, le 29 avril 2022

La rapporteuse :
(Signé) Chantal Weidmann Yenny