

EXPOSE DES MOTIFS ET

PROJET DE DECRET

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 Cretegnny 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)

TABLE DES MATIERES

1. Exposé des motifs et projet de décret portant adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019)	3
1.1 Introduction.....	3
1.2 Adhésion à l'AIMP 2019 et conséquences pour les cantons.....	3
1.3 Les nouveautés et principes essentiels de l'AIMP 2019	4
1.4 Consultations auprès des cantons de l'AIMP 2019.....	8
1.5 Effets pour les soumissionnaires	9
1.6 Effets pour les adjudicateurs	9
1.7 Message type de l'AIMP 2019.....	9
2. Exposé des motifs et projet de loi sur les marchés publics (LMP-VD)	10
2.1 Introduction.....	10
2.2 Consultation	10
2.3 Commentaire article par article de la loi sur les marchés publics (LMP-VD)	14
3. Réponses du Conseil d'Etat aux interventions parlementaires	27
3.1 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)	27
3.2 Motion Georges Zünd et consorts – Travailler à livre ouvert pour plus de transparence et moins de surcoûts dans les marchés publics (19_MOT_120)	35
3.3 Postulat Laurence Cretegy et consorts – Mandats externes hors de nos frontières, y a-t-il pénurie dans notre Canton et en Suisse ? (19_POS_119)	40
3.4 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)	51
4. Conséquences	57
4.1 Constitutionnelles, légales et réglementaires (y.c. eurocompatibilité).....	57
4.2 Financières (budget ordinaire, charges d'intérêt, autres)	57
4.3 Conséquences en terme de risques et d'incertitudes sur les plans financier et économique	57
4.4 Personnel.....	57
4.5 Communes	57
4.6 Environnement, développement durable et consommation d'énergie.....	57
4.7 Programme de législation et PDCn (conformité, mise en œuvre, autres incidences).....	57
4.8 Loi sur les subventions (application, conformité) et conséquences fiscales TVA	57
4.9 Découpage territorial (conformité à DecTer).....	57
4.10 Incidences informatiques	58
4.11 RPT (conformité, mise en œuvre, autres incidences).....	58
4.12 Simplifications administratives	58
4.13 Protection des données.....	58
4.14 Autres	58
5. Conclusion	59
6. Annexes	60

1. EXPOSE DES MOTIFS ET PROJET DE DECRET PORTANT ADHESION DU CANTON DE VAUD A L'ACCORD INTERCANTONAL DU 15 NOVEMBRE 2019 SUR LES MARCHES PUBLICS (AIMP 2019)

1.1 Introduction

Les marchés publics représentent un secteur important de l'économie nationale suisse. Le droit des marchés publics trouve son fondement dans l'Accord de l'OMC sur les marchés publics, l'Accord sur les marchés publics (ci-après : AMP) et dans l'Accord bilatéral passé avec l'UE sur certains aspects relatifs aux marchés publics. L'AMP est concrétisé par les cantons au travers de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (ci-après : AIMP). Suite à la révision de l'AMP, achevée en 2012 (ci-après : AMP 2012), des adaptations du droit national sont nécessaires.

1.1.1 Ratification de l'AMP 2012

Pour que la Suisse puisse participer aux nouveautés et aux nouveaux marchés, elle doit préalablement adapter le droit national. A cet effet, l'autorité compétente, à savoir l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (ci-après : AiMp), a adopté le nouvel AIMP à l'unanimité le 15 novembre 2019 (ci-après : AIMP 2019). La Confédération a également adapté son cadre légal, composé de la loi fédérale et de l'ordonnance sur les marchés publics. La Suisse a ratifié l'AMP 2012, qui confère aux entreprises suisses un accès élargi aux marchés d'environ 80 à 100 milliards de dollars par an. Cet accord est entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 2021.

1.1.2 Harmonisation

Dans le cadre de l'art. 95, al. 2 de la Constitution fédérale (RS 101), la Confédération a la possibilité de mettre en place un cadre juridique pour créer un espace économique suisse unique. L'art. 48 de la Constitution fédérale donne en outre la possibilité aux cantons de conclure des conventions entre eux. Ces conditions juridiques ont permis d'élaborer ensemble une législation d'harmonisation des marchés publics.

L'AIMP 2019 a pour effet d'harmoniser autant que possible la teneur des règles en matière de marchés publics de la Confédération et des cantons, tout en maintenant la répartition des compétences entre Confédération et cantons. Cette harmonisation de la Confédération et des cantons constitue une nouveauté significative.

La structure de l'AIMP 2019 et sa terminologie ont été revues à cet effet. Les concepts réglementaires éprouvés ont été conservés (p. ex. interdiction de négociation, protection juridique) et de nouvelles définitions ont été introduites. Il n'en résulte aucun changement matériel fondamental pour les cantons. Les changements concernent essentiellement les questions d'assujettissement (par exemple en lien avec la délégation de tâches publiques et l'attribution de certaines concessions) et les nouveaux instruments des marchés publics.

Une harmonisation doit en outre être réalisée entre les cantons. A cet effet, les dispositions qui étaient jusqu'à présent réglées dans les directives d'exécution de l'AIMP (ci-après : DEMP) ont été intégrées dans l'AIMP 2019. Comme par le passé, l'AIMP 2019 opère une distinction entre les marchés soumis aux accords internationaux, à savoir les marchés publics qui sont adjugés dans le champ d'application des engagements internationaux de la Suisse en matière de marchés publics, et les marchés non soumis aux accords internationaux, à savoir les marchés publics qui sont uniquement soumis aux règles du droit interne.

1.2 Adhésion à l'AIMP 2019 et conséquences pour les cantons

1.2.1 Procédure d'adhésion

Les accords intercantonaux sont des accords de droit public, conclus par deux ou plusieurs cantons dans un domaine qui relève de leurs compétences. L'AIMP 2019 vise à uniformiser le droit entre les cantons. Les différents cantons peuvent approuver ou rejeter le texte de l'AIMP 2019 proposé. Une adhésion sous réserve n'est pas possible¹. Les dispositions de l'AIMP 2019 sont au demeurant directement applicables.

1.2.2 Intégration des dispositions d'exécution dans l'AIMP 2019

Différentes branches économiques réclament depuis des années une harmonisation entre les régimes juridiques de la Confédération et des cantons ainsi qu'entre ceux des cantons eux-mêmes. Le nouvel Accord intercantonal permet de satisfaire cette demande. L'une des étapes nécessaires pour parvenir à cette fin fut d'intégrer dans l'AIMP 2019 l'essentiel des dispositions d'exécution jusqu'à présent réglementées au niveau cantonal, respectivement dans les DEMP.

¹ Cf. également à ce sujet PETER HÄNNI, Verträge zwischen den Kantonen und zwischen dem Bund und den Kantonen, *in* : Thürer et al. (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001, § 28, Cm 23.

1.2.3 Dispositions d'exécution cantonales

L'AIMP en vigueur constitue un accord-cadre, alors que l'AIMP 2019 règle pratiquement tous les domaines du droit des marchés publics. Dans le cadre de l'art. 63, al. 4 AIMP 2019, les cantons ont la possibilité d'édicter leurs propres dispositions. L'article cité prévoit que les cantons peuvent édicter des dispositions d'exécution, en particulier pour les art. 10, 12 et 26 AIMP 2019, pour autant que les engagements internationaux soient respectés. Les cantons conservent en outre la compétence organisationnelle et déterminent en toute autonomie qui, dans le canton, détient quelles compétences en matière de marchés publics.

1.3 Les nouveautés et principes essentiels de l'AIMP 2019

Grâce au nouveau droit des marchés publics, la concurrence axée sur la qualité, les préoccupations relatives au développement durable et la prise en compte de solutions innovantes prendront beaucoup d'importance. Les PME suisses pourront ainsi engranger des points dans les marchés des pouvoirs publics. Voici un bref aperçu des changements les plus importants.

1.3.1 Article relatif au but

L'article relatif au but n'exige plus seulement une utilisation des deniers publics qui soit économique, encore faut-il que cette utilisation ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables (art. 2 AIMP 2019). Les trois dimensions du développement durable sont ainsi expressément couvertes. Cet ajout tient compte de la prise de conscience accrue de la société en faveur d'une action durable. L'article relatif au but sert à interpréter les dispositions suivantes. L'ordre d'énumération à l'art. 2 AIMP 2019 ne signifie pas que le premier but revêt une importance prioritaire par rapport aux suivants. Tous les buts méritent la même attention.

1.3.2 Clarification des notions et du champ d'application

L'AIMP 2019 contient désormais une courte liste de définitions (art. 3 AIMP 2019) qui comprend notamment les termes « entreprise publique » et « organismes de droit public ». Le champ d'application subjectif concernant les adjudicateurs a été précisé (art. 4 AIMP 2019). En ce qui concerne le champ d'application objectif, une définition du terme « marchés publics » a été intégrée (art. 8 AIMP 2019). Il ressort notamment de cette définition et de son commentaire (cf. Message type de l'AIMP 2019, p. 33-34 et la référence citée) que les marchés passés dans le but d'accomplir des tâches qui servent uniquement des intérêts privés ne sont pas soumis au droit des marchés publics. La délégation de tâches publiques et l'attribution de concession sont désormais expressément traitées comme des marchés publics (art. 9 AIMP 2019). L'AIMP 2019 prévoit d'une part que la délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. Les dispositions spéciales du droit fédéral et cantonal demeurent réservées. Ainsi, par exemple, les concessions dans le domaine des forces hydrauliques ne sont pas concernées par ce nouvel article. Les exceptions (art. 10 AIMP 2019) ont été redéfinies et élargies. Ainsi, il est prévu que l'accord ne s'applique pas aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, des organismes d'insertion socioprofessionnelle, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires (art. 10, al. 1, let. e AIMP 2019) ou aux institutions de prévoyance de droit public cantonales et communales (art. 10, al. 1, let. g AIMP 2019). L'AIMP 2019 confère aux cantons le droit de définir un assujettissement dans le cadre des dispositions d'exécution cantonales pour ce qui a trait aux marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnelle et pour ceux des institutions de prévoyance de droit public cantonales et communales. Pour finir, même si la doctrine et la jurisprudence l'admettent déjà, l'AIMP 2019 exempte quatre types de marchés : les monopoles, les marchés *in-state*, *in-house* et *quasi in-house* (art. 10, al. 2 AIMP 2019).

1.3.3 Marchés publics axés sur la qualité

Le nouveau droit a pour objectif d'accorder une plus grande importance à la qualité. Qualifié de « changement de paradigme » par différentes instances, cet aspect se retrouve dans plusieurs dispositions de l'AIMP 2019. Ainsi, le critère de la qualité a gagné en importance et il est mis sur pied d'égalité avec le prix en devenant un critère d'adjudication obligatoire (art. 29, al. 1 AIMP 2019). La qualité attendue est définie par l'adjudicateur, notamment au moyen des spécifications techniques insérées dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres (art. 30, al. 1 AIMP 2019). L'art. 41 AIMP 2019 ancre, quant à lui, le nouveau concept de l'offre la « plus avantageuse » à la place de l'offre « économiquement la plus avantageuse » jusqu'à présent utilisé, afin de minimiser l'importance accordée à l'aspect économique des offres lors de leur évaluation. En revanche, les prestations standardisées peuvent, comme par le passé, être attribuées uniquement sur la base du prix global le plus bas. L'offre la « plus avantageuse » est celle qui répond le mieux aux critères d'adjudication, c'est-à-dire à la qualité globale de l'offre.

C'est la raison pour laquelle le soumissionnaire qui a remis l'offre la plus avantageuse dispose d'un droit à l'obtention de l'adjudication en droit des marchés publics. Celui-ci est déterminé en tenant compte de la qualité et du prix d'une prestation, mais aussi, selon l'objet de la prestation, d'autres critères équivalents tels que l'adéquation, les délais, les coûts du cycle de vie, le développement durable, les conditions de livraison, le service à la clientèle, etc. (cf. art. 29 AIMP 2019). La prise en compte d'objectifs secondaires (tels que l'insertion sociale, les places de formation dans la formation professionnelle initiale) est également possible, mais ne doit pas se traduire par une discrimination ou un refus injustifié de l'accès au marché.

1.3.4 Développement durable

Le développement durable joue un rôle central dans l'Accord révisé. Les dispositions correspondantes figurent aux art. 2, 12, 29 et 30 AIMP 2019. Une plus grande marge de manœuvre sera accordée aux adjudicateurs dans la prise en compte du développement durable qui doit désormais être exploitée. Ce renforcement du développement durable devrait influencer et influencera de plus en plus la conception des critères dans les appels d'offres futurs. Afin de marquer ce renforcement, le projet de loi intègre un article spécifiquement dédié au développement durable.

Dorénavant, les adjudicateurs seront par exemple tenus de prendre davantage en considération dans l'élaboration de leurs systèmes d'évaluation le développement durable avec toutes ses dimensions conformément à l'article relatif au but, le caractère innovant et la plausibilité de l'offre.

Demeure toutefois interdite l'utilisation du développement durable à des fins protectionnistes. L'égalité de traitement commande qu'un standard de durabilité tout aussi élevé soit exigé des soumissionnaires suisses et étrangers.

1.3.5 Nouveaux critères d'adjudication

L'AIMP 2019 introduit désormais la possibilité pour l'adjudicateur de prendre en compte des critères d'adjudication dits « étrangers au marché » dans le cadre d'un marché public. Ces critères sont énoncés à l'art. 29, al. 2 AIMP 2019. L'adjudicateur peut prendre en compte à titre complémentaire la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation initiale, des places de travail pour les travailleurs âgés ou une réinsertion pour les chômeurs de longue durée. Il s'agit de critères sociaux, qui ne peuvent être utilisés que pour les adjudications cantonnées au marché intérieur (marchés non soumis aux accords internationaux).

1.3.6 Assujettissement de certaines concessions et de la délégation de certaines tâches publiques

Les concessions relevant du droit administratif suisse sont multiples – la concession n'existe pas. Elles sont soumises au droit des marchés publics lorsqu'il s'agit de déléguer une tâche publique, élément définitoire d'un marché public selon l'art. 8 AIMP 2019. Au sens de l'AIMP 2019, l'octroi d'une concession à une entreprise privée implique que cette dernière se voit accorder des droits qu'elle n'avait pas avant. Les concessions sans rapport avec des tâches publiques (par ex. les concessions d'usage privatif) ou qui ne confèrent aucun statut particulier au soumissionnaire ne sont pas soumises à l'AIMP 2019.

Du fait de ressources restreintes et de par sa concentration sur ses compétences clés, l'Etat a confié à des entreprises privées des tâches publiques relevant de différents domaines, et ce à tous les échelons (Confédération, cantons et communes). Si l'Etat, se fondant sur une base légale, décide de confier une tâche publique à des tiers, la délégation de cette tâche publique est en principe soumise au droit des marchés publics (cf. art. 9 AIMP 2019 à ce sujet), que l'exécution de cette tâche soit financée directement par l'adjudicateur ou par un fonds ou une assurance.

Le renvoi aux « tâches publiques » englobe tous les secteurs dans lesquels une responsabilité d'exécution incombe à l'Etat. Citons à titre d'exemple la police, soit la protection de l'ordre public et la sécurité, la politique de la santé ou encore la politique sociale. Si la loi, par exemple, oblige l'Etat à veiller à l'élimination de déchets problématiques, ce dernier a la possibilité de déléguer cette tâche à des tiers, pour autant qu'une base légale l'y autorise.

Les cantons et les communes sont soumis à l'obligation, prévue à l'art. 2, al. 7 LMI, de lancer un appel d'offres pour les concessions. Pour l'octroi de concessions de monopoles et de concessions de services publics, le droit des marchés publics, axé sur la concurrence et la rentabilité, n'est pas non plus toujours approprié. C'est pourquoi les règles de droit spécial priment (par ex. art. 3a et 5 al. 1 LApEI, art. 60, al. 3bis et 62, al. 2bis LFH ; les règlementations cantonales peuvent également être considérées comme des règles de droit spécial).

1.3.7 Plateforme de publication commune de la Confédération et des cantons

L'utilisation des technologies modernes de l'information améliore la transparence des marchés publics et facilite l'entrée sur le marché. Tant dans la procédure ouverte que dans la procédure sélective, l'appel d'offres, l'adjudication et l'interruption de la procédure sont obligatoirement publiés sur la plateforme Internet (aujourd'hui simap.ch) pour les marchés publics, exploitée conjointement par la Confédération et les cantons (art. 48 AIMP 2019). Une obligation de publication existe par ailleurs aussi pour les adjudications de gré à gré des marchés soumis aux accords internationaux. Outre les cantons qui utilisent déjà simap.ch de manière obligatoire, tous les autres adjudicateurs doivent désormais également publier sur simap.ch les marchés dans les procédures ouvertes et sélectives. Les cantons sont libres de prévoir des organes de publication supplémentaires.

L'utilisation accrue des technologies modernes de l'information dans les marchés publics, en particulier de simap.ch, augmentera encore la transparence des marchés publics et réduira la charge de travail des soumissionnaires. Actuellement, quelque 20'000 publications d'une valeur de marché d'environ 17,5 milliards de francs sont publiées chaque année sur simap.ch. Avec l'obligation légale pour tous les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'Accord intercantonal de publier sur simap.ch, le nombre de marchés publiés et le volume des adjudications devraient fortement augmenter à l'avenir.

1.3.8 Délais réduits afin d'accélérer la procédure

L'AMP 2012 comprend désormais de nouvelles réductions des délais minimaux qui sont à présent reprises dans le droit national. Des réductions des délais pour les marchés soumis aux accords internationaux sont possibles dans la procédure ouverte, mais aussi dans la procédure sélective (art. 47 AIMP 2019). En ce qui concerne les marchés qui ne tombent pas dans le champ d'application des accords internationaux, le délai de remise des offres est en général de 20 jours. Ce délai minimal ne peut être raccourci qu'exceptionnellement pour des marchandises et des services standardisés, un délai minimal de cinq jours devant dans tous les cas être respecté (art. 46, al. 4 AIMP 2019). Dans le respect du délai minimal de cinq jours, les cantons ont la possibilité de prévoir d'autres délais.

1.3.9 Protection juridique améliorée

Le délai de recours a été allongé à 20 jours, afin d'assurer l'harmonisation entre la Confédération et les cantons (art. 56 AIMP 2019). Les cantons ne disposent aujourd'hui que d'un délai de recours de dix jours. Celui-ci s'avère être particulièrement court en comparaison avec les autres délais de recours, qui sont généralement de 30 jours.

Seul le tribunal administratif est compétent au niveau cantonal pour les procédures de recours en lien avec les marchés publics, quand la valeur du marché atteint au moins la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation (art. 52 AIMP 2019). L'instance de recours peut statuer sur les éventuelles demandes en dommages-intérêts, en même temps qu'elle procède à la constatation de la violation du droit (art. 58 AIMP 2019). Comme précédemment, les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas.

1.3.10 Mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption

L'amélioration des conditions-cadres pour la concurrence est au cœur de la révision de l'AMP. Cet objectif doit principalement être atteint grâce à une transparence accrue et à une lutte plus systématique contre la corruption qui fausse ou empêche la concurrence. La corruption peut revêtir de nombreuses formes. Elle repose sur l'octroi et l'acceptation d'avantages matériels pour lesquels il n'existe aucun droit légal.

L'art 11 AIMP 2019 oblige les cantons à prendre des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption. Les cantons sont tenus de prévoir des mesures appropriées à cet effet. On peut par exemple penser ici à la publication active et appropriée de toutes les informations sur une procédure d'adjudication et à la divulgation des différentes étapes de la procédure aux soumissionnaires, à la dénonciation des actes de corruption et d'autres infractions pénales, à la coopération active aux investigations et à la poursuite pénale de la corruption, ainsi qu'au gel, à la saisie, à la confiscation et à la restitution des produits des délits, au prononcé de sanctions disciplinaires et à la mise en œuvre des conséquences en matière de personnel, à l'approfondissement actif et à la diffusion de la prévention de la corruption, à la formation et au perfectionnement des pouvoirs adjudicateurs ou à l'utilisation de règles de conduite pour l'accomplissement correct et en bonne et due forme des tâches de l'adjudicateur.

1.3.11 Exclusion, révocation et sanctions

La liste des motifs d'exclusion et de révocation cités à titre d'exemple est structurée dans l'AIMP 2019 de façon systématique et enrichie. L'art 44 AIMP 2019 contient une liste non exhaustive des motifs possibles. Deux catégories sont désormais distinguées : l'al. 1 exige des connaissances certaines pour prononcer une exclusion, une révocation ou une radiation d'une liste officielle. Le fait que l'adjudicateur puisse tenir compte des expériences négatives faites à l'occasion de marchés antérieurs, tout comme des résultats d'investigations menées par la COMCO (accords de soumission, collusion) représente une nouveauté capitale (let. h). L'adjudicateur a aussi la possibilité de ne pas prendre en considération des soumissionnaires qui ont fait l'objet d'une exclusion entrée en force selon l'art. 45, al. 1 AIMP 2019 (let. j). A l'al. 2, des indices suffisants permettent d'exclure un soumissionnaire, de le radier d'une liste ou de révoquer une adjudication. Si l'exclusion ou la révocation se fondent sur un motif non énoncé, l'adjudicateur doit à chaque fois disposer d'indices suffisants.

L'art. 45 AIMP 2019 inscrit en outre les sanctions « avertissement », « exclusion » (jusqu'à cinq ans) et « amende » (jusqu'à 10% du prix final de l'offre) dans l'AIMP 2019. Une liste non publique des soumissionnaires et sous-traitants sanctionnés est tenue par l'AiMp.

1.3.12 Nouveaux instruments

L'AIMP 2019 entend accorder aux adjudicateurs et aux soumissionnaires une marge de manœuvre maximale (dans le respect des principes du droit des marchés publics), tout en encourageant l'utilisation des technologies modernes de l'information dans les marchés publics. Sur le plan matériel, les modifications proposées concernent notamment l'introduction d'instruments d'acquisition flexibles, qui permettent à leur tour la création de solutions innovantes. Il s'agit d'instaurer la plus grande marge de manœuvre possible dans la perspective des évolutions futures, par exemple dans le domaine de l'acquisition de prestations intellectuelles. Les instruments, tels que le dialogue entre l'adjudicateur et les soumissionnaires (art. 24 AIMP 2019), la possibilité de conclure des contrats-cadres déjà mise à profit en pratique depuis un certain temps (art. 25 AIMP 2019), avec la procédure de conclusion de contrats subséquents ainsi que la conduite d'enchères électroniques (art. 23 AIMP 2019), sont ancrés dans l'AIMP 2019.

1.3.12.1 Dialogue

En cas de marchés complexes, de prestations intellectuelles ou de prestations innovantes, il est souvent impossible de décrire et de délimiter le contenu du marché de façon suffisamment précise dans un cahier des charges, déjà avant l'appel d'offres. Dans ce cas, l'instrument du dialogue peut être choisi et utilisé dans la procédure sélective et ouverte.

Dans le cadre du dialogue, l'adjudicateur peut, en concertation avec des soumissionnaires sélectionnés, élaborer des pistes de solutions ou de procédés devant déboucher, au terme de ce dialogue, sur une description des prestations tenant compte à la fois des exigences de l'adjudicateur comme des capacités et des ressources des soumissionnaires. Ainsi, l'adjudicateur a à sa disposition un instrument lui permettant de mettre à profit, sur un marché donné, le savoir-faire spécifique des soumissionnaires et de promouvoir l'innovation. Les interruptions de procédures et le lancement de nouveaux appels d'offres peuvent ainsi être évités. Pour les soumissionnaires, le dialogue présente également un avantage : ils n'ont pas à élaborer leur offre dans les moindres détails dès le début de la procédure d'adjudication, mais peuvent l'affiner au cours d'un processus continu.

Le dialogue ne doit pas être engagé dans le but de négocier les prix offerts (cf. à ce propos art. 11, let. d AIMP 2019). En conséquence, il est expressément rappelé que le dialogue ne doit pas être mené dans le but de négocier les prix et les prix globaux (art. 24, al. 2 AIMP 2019).

Citons comme exemple d'une telle tâche complexe dont les conditions-cadres ne peuvent pas être déterminées par avance, le changement d'affectation d'une friche industrielle avec un usage futur inconnu et de nombreux propriétaires impliqués.

1.3.12.2 Contrats-cadres

Dans les contrats-cadres, l'appel d'offres ne porte pas sur un volume de prestations déterminé, mais sur le droit pour l'adjudicateur d'acquiescer certaines prestations dans un laps de temps donné. Les contrats-cadres font notamment l'objet d'un appel d'offres pour des raisons économiques, afin d'éviter une dépendance par rapport à un seul fournisseur ou pour prévenir toute difficulté d'approvisionnement. La possibilité de conclure des contrats-cadres ne constitue pas une procédure en soi. Elle peut être appliquée dans le cadre des procédures d'adjudication existantes. Même si l'instrument du contrat-cadre se traduit par une certaine flexibilité pour le l'adjudicateur, l'AIMP 2019 exige cependant clairement que la durée du contrat-cadre ainsi que les prix (maximaux) soient au moins fixés. L'objet du contrat doit également être défini de manière aussi concrète et exhaustive que possible pour obtenir des prix facturables.

L'AIMP 2019 distingue entre le contrat-cadre avec un adjudicataire (cf. art. 25, al. 4 AIMP 2019) et celui avec plusieurs adjudicataires (cf. art. 25, al. 5 AIMP 2019). Des « raisons suffisantes » sont en outre exigées pour le contrat-cadre avec adjudication multiple.

1.3.12.3 Enchères électroniques

L'enchère électronique ne constitue pas une procédure d'adjudication autonome, mais un instrument qui peut être utilisé dans le cadre d'un projet d'acquisition.

Au cours d'une première phase (préqualification), l'adjudicateur vérifie les critères d'aptitude et les spécifications techniques, puis procède à une première évaluation. Ce n'est que dans un deuxième temps que l'enchère à proprement parler intervient dans la procédure, plusieurs séances d'évaluation étant possibles. Les soumissionnaires peuvent modifier le prix ou certains composants quantifiables de leurs offres. L'évaluation des offres modifiées et le nouveau classement correspondant des soumissionnaires sont opérés par un système automatisé.

Le champ d'application de l'enchère électronique s'étend uniquement aux prestations standardisées. Les autres prestations (p. ex. prestations intellectuelles) ne peuvent donc pas faire l'objet d'une enchère électronique. La pratique devra montrer où ce nouvel instrument pourra être utilisé avec profit.

1.4 Consultations auprès des cantons de l'AIMP 2019

La consultation relative au projet d'AIMP 2019 s'est déroulée du 22 septembre au 19 décembre 2014. Tous les cantons ainsi que 58 organisations et particuliers y ont participé. Une délégation cantonale du groupe de travail a préalablement présenté le projet au Bureau Interparlementaire de Coordination (ci-après : BIC) et s'est tenue à disposition pour un échange. Le BIC a également remis une prise de position.

Dans les prises de position, les participants à la consultation se sont notamment exprimés sur l'harmonisation parallèle en tant que démarche proposée, la définition de la protection juridique, le maintien de l'interdiction de négociation et le droit de recours des autorités proposé par la COMCO. Dans d'autres réponses, les participants à la consultation ont également préconisé une prise en compte accrue de la durabilité en fonction des aspects écologiques, sociaux et économiques.

A l'issue de la procédure de consultation, le projet d'AIMP 2019 a été remanié en fonction des réponses reçues. Par la suite, en raison de la transmission du projet de révision de la loi fédérale sur les marchés publics (P-LMP) au Parlement fédéral le 15 février 2017, les cantons ont suspendu leurs travaux afin de pouvoir garantir l'harmonisation parallèle souhaitée avec la Confédération.

Après l'adoption de la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, avec différentes modifications, dans le cadre des délibérations finales du Conseil national et du Conseil des Etats le 21 juin 2019, les cantons ont vérifié une nouvelle fois lesquelles de ces modifications devaient également être reprises dans l'AIMP 2019 à la lumière de l'harmonisation parallèle, et celles pour lesquelles des différences par rapport au droit fédéral devaient en revanche subsister.

Une consultation succincte a été réalisée à cet effet, à laquelle le BIC a également été convié. Des adaptations ont ensuite été réalisées pour les dispositions où au moins trois-quarts des cantons ont approuvé une harmonisation. Les adaptations pour lesquelles aucune majorité claire n'a pu être déterminée ont fait l'objet de discussions approfondies lors de l'assemblée générale en septembre et de l'assemblée plénière spéciale de novembre 2019, puis décidées par vote. L'Accord intercantonal proposé est donc un accord soigneusement rédigé et solide.

1.5 Effets pour les soumissionnaires

L'harmonisation des règles en matière de marchés publics de la Confédération et des cantons permet aux soumissionnaires de standardiser encore davantage leurs processus. Ils peuvent s'attendre à moins de travail de clarification, également en raison d'une jurisprudence qui devrait être plus homogène et d'une plus grande clarté des bases légales.

Certaines dispositions visent en outre directement une réduction de la charge administrative de la part des soumissionnaires. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs ne pourront par exemple demander les attestations en relation avec les conditions de participation des soumissionnaires qu'à un stade ultérieur de la procédure (p. ex. une garantie bancaire, art. 26, al. 3 et art. 27, al. 3 AIMP 2019). L'utilisation plus répandue des technologies modernes de l'information dans les marchés publics, notamment de la plateforme Internet conjointe de la Confédération et des cantons (simap.ch), devrait également réduire la charge administrative pour les soumissionnaires.

Grâce aux nouvelles orientations, par exemple la concurrence axée sur la qualité, la prise en compte du développement durable de même que la capacité d'innovation des entreprises, les PME suisses peuvent mettre en avant leurs atouts dans le cadre des marchés publics. Les pouvoirs adjudicateurs veilleront, dans la mesure du possible, à tenir compte de façon appropriée, dans la configuration de leurs marchés, des besoins et de la capacité de ces PME dans le respect des principes généraux du droit international et du droit constitutionnel suisse ainsi que de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02). A cet égard, la scission de marchés importants en plusieurs lots cohérents dans le respect de la législation et sans que cela ne s'apparente à du saucissonnage prohibé, peut constituer une piste intéressante pour favoriser l'accès au marché des PME locales.

1.6 Effets pour les adjudicateurs

La révision de l'AIMP se traduit par une simplification et des améliorations du cadre juridique. Des instruments éprouvés dans la pratique, par exemple le recours aux marchés *in-house* (art. 10, al. 3, let. c AIMP 2019) ou aux accords-cadres (art. 25 AIMP 2019) ont été ancrés dans l'AIMP 2019. Il en résulte une réglementation plus complète et plus précise. De nouveaux instruments tels que les enchères électroniques (art. 23 AIMP 2019) ou le dialogue (art. 24 AIMP 2019) sont en outre disponibles pour les adjudicateurs et les soumissionnaires. Il en résulte une plus grande flexibilité et l'encouragement du recours à une technologie moderne de l'information. Des sanctions ont par ailleurs été introduites afin de poursuivre les soumissionnaires et les sous-traitants qui ne respectent pas, notamment, les conditions de travail applicables, les dispositions relatives à la protection des travailleurs, l'égalité salariale, les obligations découlant de la loi fédérale sur le travail au noir (LTN ; RS 822.41) et la protection de l'environnement. Les dispositions des art. 44 et 45 AIMP 2019 prévoient ainsi la possibilité d'infliger des amendes ou de prononcer des exclusions des marchés publics futurs pouvant s'étendre sur une période de cinq ans au maximum. Dans les cas mineurs, un avertissement peut être prononcé. Pour finir, la valeur seuil pour les fournitures dans les procédures de gré à gré a été relevée de CHF 100'000.- à CHF 150'000.-. Cette nouveauté a l'avantage d'accorder aux adjudicateurs une plus grande marge de manœuvre pour l'adjudication de petits marchés de fournitures. Par ailleurs, cette valeur seuil est à présent alignée sur les valeurs seuils des procédures de gré à gré des marchés de services et de construction du second œuvre. Une harmonisation avec les valeurs seuils de la Confédération dans le domaine des marchés de gré à gré est ainsi réalisée.

1.7 Message type de l'AIMP 2019

Le Message type de l'AIMP 2019 est annexé au présent exposé des motifs (cf. point 6 Annexes).

2. EXPOSE DES MOTIFS ET PROJET DE LOI SUR LES MARCHES PUBLICS (LMP-VD)

2.1 Introduction

L'adhésion à l'AIMP 2019 implique pour le canton de Vaud une refonte de sa législation en matière de marchés publics, soit une révision totale de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD ; BLV 726.01) et de son règlement d'application du 7 juillet 2004 (RLMP-VD ; BLV 726.01.1). Plus complet et plus précis, l'AIMP 2019 optimise le régime légal actuel et le rend plus transparent. Il clarifie certaines notions au moyen de définitions légales, compile la jurisprudence et offre en définitive un corps de règles commun souhaité de longue date pour régir la passation des marchés publics au niveau des cantons et, à de rares exceptions près, de la Confédération. Cette harmonisation permettra aux soumissionnaires de standardiser davantage leurs processus de présentation des offres et contribuera ainsi à réduire leur charge de travail administrative.

En contrepartie de l'accès à ce nouveau corps de règles, le canton de Vaud, à l'instar des autres cantons, accepte de renoncer à son autonomie législative dans une large mesure, sous réserve de la compétence résiduelle instaurée par l'art. 63, al. 4 AIMP 2019 pour édicter des dispositions d'exécution dans des domaines particuliers restreints.

Pour le canton de Vaud, l'adhésion à l'AIMP 2019 s'inscrit dans la continuité du régime légal actuel. Pouvoirs adjudicateurs, soumissionnaires et mandataires conserveront ainsi leurs automatismes dans une certaine mesure. Cette adhésion impose la transposition et la concrétisation de certaines dispositions au niveau cantonal. Il convient ainsi, à titre d'exemple, de désigner les différentes autorités compétentes, notamment l'autorité compétente pour prononcer des sanctions au sens de l'art. 45 AIMP 2019 ; mais aussi de préciser si l'existence de voies de recours (art. 52, al. 1 AIMP 2019) pour les marchés de faible importance est fonction d'une valeur seuil ou d'un type de procédure en particulier ou encore de préciser les règles à appliquer en procédure sur invitation.

En matière d'assujettissement, le canton de Vaud propose de suivre la position finalement adoptée à l'art. 10, al. 1, let. g AIMP 2019 par la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) d'exempter des marchés publics les institutions de prévoyance de droit public des cantons et des communes. Il propose également que les marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnelles – et non par – soient soustraits au champ d'application des marchés publics en application de l'art. 10, al. 1, let. e AIMP 2010. Enfin, l'exemption de la Banque Cantonale Vaudoise, qui figurait jusqu'alors dans le règlement cantonal (cf. art. 1 RLMP-VD), est inscrite dans la loi.

Le canton de Vaud souhaite également saisir l'opportunité que représente cette adhésion pour introduire, en sus des sanctions et mesures déjà prévues par l'AIMP 2019, de nouvelles mesures pour lutter contre les dérives de la sous-traitance (travail au noir, violation des conditions de travail et de salaire) en interdisant, par principe, le recours à la sous-traitance. Cette interdiction déjà présente dans d'autres législations cantonales est toutefois assortie d'exceptions. Outre cette interdiction, l'obligation faite à l'adjudicateur d'insérer une peine conventionnelle dans le contrat conclu avec le soumissionnaire retenu afin d'assurer tout au long de la phase d'exécution du marché le respect des exigences de l'art. 12 AIMP 2019 (par exemple le respect des conditions de travail applicables, l'interdiction du recours au travail au noir ou encore l'égalité salariale) déjà prévue dans le droit actuel, est introduite dans la loi (cf. art. 7 P-LMP-VD).

Enfin, il y a lieu de relever que l'harmonisation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics ne s'achève pas avec la révision parallèle du droit des marchés publics, mais requiert une étroite collaboration et coordination dans les questions d'exécution, tant entre les cantons, qu'entre les cantons et la Confédération. Lors de l'assemblée plénière extraordinaire de l'AiMp du 15 novembre 2019, le conseiller fédéral Ueli Maurer et les représentants des gouvernements cantonaux ont soutenu le principe d'une mise en œuvre harmonisée du nouveau droit. Cette harmonisation des marchés publics dans le cadre de l'exécution est bénéfique à l'ensemble des acteurs des marchés publics.

2.2 Consultation

Les avant-projets de décret portant adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics et de loi sur les marchés publics ont été mis en consultation publique du 2 décembre 2020 au 28 février 2021. Ils étaient également accompagnés du projet de règlement d'application de la loi.

La consultation a suscité une vingtaine de réponses de la part des milieux intéressés (formations politiques, associations de communes et communes, associations professionnelles et autres entités).

Le nouvel Accord intercantonal (AIMP 2019) et l'adhésion du canton à ce dernier sont très largement plébiscités par les participants à la consultation. Selon bon nombre des avis émis, le nouvel Accord intercantonal pose les jalons d'une nouvelle culture d'adjudication, laquelle accorde davantage de poids à la qualité et à la durabilité qu'à des considérations de prix à court terme. Les participants saluent aussi le fait que le nouvel accord vise à harmoniser les lois applicables entre la Confédération et les cantons et entre les cantons eux-mêmes, harmonisation qui profitera pleinement aux PME. La place accordée par l'accord au développement durable, notamment aux aspects environnementaux est, quant à elle, favorablement accueillie. Les avantages suivants sont principalement évoqués en lien avec une adhésion à l'AIMP 2019 : simplification du cadre légal, recours aux technologies modernes, dialogue entre adjudicateurs et soumissionnaires, standardisation du processus de présentation des offres, renforcement des critères qualitatifs et utilisation des critères sociaux, lutte contre les dérives de la sous-traitance et le travail au noir, rehaussement du seuil de gré à gré pour les marchés de fournitures. Il est également relevé qu'en adhérant à l'AIMP 2019, les cantons renoncent à une partie de leur autonomie législative bien qu'ils conservent la possibilité d'édicter des dispositions d'exécution de l'AIMP 2019. Enfin, certains participants relèvent qu'une non-adhésion à l'AIMP 2019 compromettrait et compliquerait les relations avec les prestataires d'autres cantons, voire d'autres pays. L'avant-projet de décret d'adhésion n'a fait l'objet d'aucune remarque.

Le projet de loi cantonale est quant à lui également largement soutenu moyennant plusieurs propositions de compléments ou d'adaptations qui ont, dans la majorité des cas, été suivies et intégrées au projet. Il sera fait état, ci-après, des principaux points mis en avant lors de la consultation :

Développement durable :

Plusieurs participants (Les Vert.e.s, les Libéraux-Radicaux Vaud [PLR Vaud], l'Union des Communes Vaudoises [UCV], la Fédération Vaudoise des Entrepreneurs [FVE], Construction Vaud, Technique Vaudoise du Bâtiment [TVB]) se réjouissent de la place donnée par le nouvel AIMP 2019 aux questions environnementales et saluent les nombreuses références au développement durable dans le texte de l'AIMP 2019. Ils regrettent toutefois que la prise en considération du développement durable ne soit pas davantage soulignée et concrétisée dans le projet de loi. Pour donner suite à ces remarques, un nouvel article (art. 9 AIMP 2019) consacré au développement durable a été inséré dans le projet de loi de manière à favoriser la prise en compte de la durabilité dans les acquisitions publiques et à compléter les dispositions de l'AIMP 2019 consacrées au développement durable (par. ex. art. 29, al. 1 et 12, al. 4 AIMP 2019).

Sous-traitance :

Plusieurs participants (Les Vert.e.s, le syndicat Unia, l'Association des Communes Vaudoises [AdCV], la Ville de Lausanne) soutiennent l'interdiction de la sous sous-traitance, cela dans un souci de lutte contre la sous-enchère salariale et sociale. La Fédération patronale vaudoise est opposée à cette interdiction « de principe » tout en étant consciente des problèmes que la sous sous-traitance peut poser. Le Tribunal cantonal se demande, pour sa part, si l'interdiction du recours à la sous sous-traitance reste dans le cadre des dispositions d'exécution réservées par l'art. 63 al. 4 AIMP 2019. La FVE, le PLR Vaud, Construction Vaud et TVB estiment contre-productif d'introduire une interdiction de principe de la sous sous-traitance, principalement en raison du fait que les exceptions autorisant le recours à un deuxième niveau de sous-traitance sont limitées à des considérations d'ordre technique ou organisationnel. L'interdiction du recours à la sous sous-traitance, en tant qu'elle vise à endiguer les chaînes de sous-traitance et les différents problèmes qu'elles posent en pratique (atteinte aux aspects sociaux, travail au noir, concurrence déloyale, etc.), s'inscrit bien dans une concrétisation de l'art. 12 AIMP 2019 dont l'application est réservée par l'art. 63, al. 4 AIMP 2019. Elle est, au demeurant, tempérée par certaines exceptions. Tenant compte de ces différentes remarques, l'article relatif à la sous-traitance (cf. art. 5 P-LMP-VD) a été adapté de manière à rendre possible le recours à la sous sous-traitance pour des raisons autres que techniques ou organisationnelles.

Condition de travail applicables au lieu d'exécution:

Plusieurs participants (PLR Vaud, FVE, Construction Vaud, TVB, l'Union Patronale des Ingénieurs et Architectes Vaudois [UPIAV], la Société suisse des ingénieurs et des architectes - section Vaud [SIA Vaud], la Fédération patronale vaudoise, l'AdCV)) saluent la teneur de l'art. 8 AIMP 2019 qui définit les circonstances dans lesquelles le principe du lieu d'exécution est susceptible de trouver application en droit vaudois. Pour ces participants, cette disposition est essentielle dans la mesure où elle consacre le principe de l'application des conditions de travail au lieu d'exécution là où une CCT de force étendue existe. A défaut d'une telle règle, ces organismes estiment que la pérennité des CCT cantonales étendues serait compromise. Le PLR Vaud, la FVE, Construction Vaud et TVB sont toutefois de l'avis que le projet devrait s'étendre aux conditions minimales de salaire et de travail fixes par des conventions collectives non étendues, par des contrats-type de travail ou par des usages professionnels reconnus. Une telle proposition ne peut toutefois être suivie dans la mesure où elle contreviendrait à la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI).

Location de personnel :

De l'avis du syndicat Unia, le projet devrait prévoir des améliorations concernant l'encadrement de la location de services et le contrôle renforcé du respect des conditions de travail. L'engagement de travailleurs temporaires dans le cadre de l'exécution de marchés publics est devenu une pratique courante et nécessiterait d'être soumis à une obligation d'annonce au pouvoir adjudicateur. Un nouvel article (art. 6 P-LMP-VD) a été inséré dans le projet de loi afin de soumettre le recours à des travailleurs temporaires dans l'exécution des marchés à une obligation d'annonce et de contrôle.

Reprise des critères d'adjudication fédéraux

Certains participants (Association Swisscleantech et Fédération patronale vaudoise) réclament la reprise des critères d'adjudication fédéraux « fiabilité du prix » et « différents niveaux de prix pratiqués dans le pays où la prestation est fournie » dans le projet de loi. L'Union Démocratique du Centre Vaud (UDC Vaud) constate, pour sa part, avec regret, que le critère d'adjudication des « différents niveaux de prix » n'a pas seulement été écarté du projet d'AIMP 2019 mais qu'il a même été expressément rejeté, ce qui implique qu'un canton signataire ne pourra pas compléter ses dispositions d'exécution avec une remarque relative aux différents niveaux de prix étrangers.

Les propositions d'introduire ces deux critères d'adjudication fédéraux dans le projet de loi n'ont pas été suivies en raison de l'absence de marge de manœuvre législative du canton à cet égard. Lors de l'adoption de l'AIMP 2019, les cantons se sont formellement prononcés contre l'introduction du critère dit de la « fiabilité du prix » à l'art. 29, al. 1 AIMP 2019, un critère de la « plausibilité de l'offre » étant déjà prévu dans cette disposition et admis par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence. Il ressort au demeurant d'un avis de droit établi à l'attention de la Conférence des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) par le Professeur Trüeb (Professeur qui a dirigé les travaux de révision du nouveau droit LMP fédérale/AIMP révisé) que les cantons ne disposent pas d'une compétence législative résiduelle en cas d'adhésion à l'AIMP 2019 pour compléter la liste des critères d'adjudication énoncés à l'art. 29, al. 1 AIMP 2019 dans leur droit cantonal (l'avis de droit du 11 mars 2020 est disponible sur le site internet de la DTAP). S'agissant du critère des différents niveaux de prix pratiqués, le rapport explicatif de l'AIMP 2019 rappelle que ce critère n'a pas été introduit dans l'accord intercantonal en raison des difficultés liées à la mise en œuvre d'un tel critère. L'avis de droit du Professeur Trüeb précité détaille ces difficultés. D'une part, il faudrait déterminer, dans chaque cas particulier, les différents niveaux de prix pour les marchés publics (et pas seulement en fonction des fournitures, services et travaux de construction). D'autre part, il n'existe pas de paramètres praticables et justiciables, quant à la manière de procéder concrètement à une correction du prix. L'absence de comparaison du pouvoir d'achat spécifique aux secteurs ou aux branches (certains produits et services sont plus chers en Suisse qu'à l'étranger, certains sont aussi plus avantageux), l'absence de critères pour délimiter les offres suisses et étrangères (suffit-il qu'une offre émane d'une entreprise sise en Suisse pour être qualifiée d'offre suisse ?) et l'absence de méthode pour prendre en compte les différences de niveaux de prix sont autant d'écueils à surmonter pour appliquer valablement un tel critère.

Il convient enfin de relever que l'Union suisse des sociétés d'ingénieurs-conseils (USIC) est également opposée à la reprise, par les cantons, du critère des différents niveaux de prix pratiqués dans leur législation (Laurens Abu-Talib, La sauvegarde régionale à tout prix ?, article du 21 mai 2020 disponible sur le site internet de l'USIC).

Peines conventionnelles :

Plusieurs participants (UCV, Ville de Lausanne, syndicat Unia, PLR Vaud, FVE, ConstructionVaud, TVB) saluent le renforcement des mesures contre les atteintes aux aspects sociaux (travail au noir, respect des conditions de travail, etc.). Certains participants (PLR Vaud, FVE, ConstructionVaud, TVB) réclament cependant la possibilité pour l'adjudicateur d'exiger des garanties afin de faciliter le recouvrement du montant dû en cas d'activation de la peine conventionnelle stipulée dans le contrat. Cette proposition a été intégrée au projet (cf. art. 7, al. 2 P-LMP-VD).

Incompatibilité :

Plusieurs participants (PLR Vaud, FVE, Constructionvaud, TVB, AdCV) saluent la suppression de l'interdiction faite aux membres des autorités adjudicatrices de soumissionner dans les marchés organisés par ces autorités actuellement contenue à l'art. 7, al. 1 RLMP-VD. A l'avenir, un municipal exploitant une activité commerciale ou industrielle pourra donc participer à un marché organisé par sa commune moyennant le respect des règles applicables en matière de récusation (cf. art. 13 AIMP 2019).

Procédure sur invitation :

Certains participants (UCV, les Vert.e.s) contestent le maintien de l'exigence selon laquelle l'adjudicateur doit au moins inviter au marché une entreprise dont le siège ou l'établissement se situe en dehors de la commune du lieu d'exécution des prestations. Bien qu'ils admettent la finalité de cette disposition, soit la garantie d'une concurrence saine et efficace, ils estiment que cette règle se trouve vidée de sa substance lorsque la situation économique de la collectivité publique assure une concurrence efficace sans qu'elle ait besoin de faire appel à une entreprise externe. Les Vert.e.s soutiennent également la suppression de cette disposition la jugeant discutable pour les grandes communes puisqu'elle n'a alors pas la même signification et pourrait constituer une entrave trop importante. L'UDC est, pour sa part, d'avis que les procédures sur invitation doivent être utilisées de manière à favoriser les soumissionnaires suisses. Tenant compte de ces différentes remarques et afin de favoriser, conformément au cadre légal supérieur, les circuits locaux dans l'intérêt de l'économie et de l'environnement, le Conseil d'Etat a décidé de supprimer l'exigence consistant à inviter au moins un soumissionnaire extérieur à la commune du lieu d'exécution des prestations dans les procédures sur invitation.

Mesures en faveur du tissu économique local :

L'UDC est d'avis que la révision, qui découle directement de l'accord révisé de l'OMC sur les marchés publics, se base sur des principes bénéfiques tels que le renforcement de la concurrence et l'assouplissement de la procédure. Ces éléments sont globalement positifs et acceptés par ce parti. L'UDC considère toutefois que la révision ne contient pas de mesures cohérentes en faveur du tissu économique local. La Fédération patronale vaudoise, sur la base des remarques reçues de différentes branches professionnelles, estime au contraire que la révision du droit des marchés publics et l'harmonisation qui l'accompagne dans toute la Suisse sont une chance pour les PME de notre pays, essentiellement dans les domaines du commerce et de l'industrie.

S'agissant des mesures cohérentes en faveur du tissu économique local, le rehaussement des seuils pour les marchés de fournitures de 100'000 francs à 150'000 francs en procédure de gré à gré, la suppression de l'interdiction faite aux municipaux de soumissionner dans les marchés organisés par leur commune, de même que la suppression de l'exigence consistant à inviter une entreprise extérieure à la commune du lieu d'exécution dans les procédures sur invitation en constituent des exemples concrets. S'ajoutent à ces exemples les nouvelles orientations de la révision, par exemple la concurrence axée sur la qualité, la prise en compte du développement durable de même que la capacité d'innovation des entreprises qui permettent aux PME suisses de mettre en avant leurs atouts dans le cadre des marchés publics. L'harmonisation des législations fédérale et cantonales permet également aux soumissionnaires, en particulier aux PME, de voir clair dans les bases légales des marchés publics.

L'UDC souligne également que les marchés importants doivent, dans la mesure du possible, être scindés en plusieurs lots afin de favoriser les PME locales. Le Conseil d'Etat partage cet avis. Le passage suivant a été inséré dans l'EMPL (cf. page 9 ci-avant) afin de sensibiliser les adjudicateurs sur ce point : *« Les pouvoirs adjudicateurs veilleront, dans la mesure du possible, à tenir compte de façon appropriée, dans la configuration de leurs marchés, des besoins et de la capacité de ces PME dans le respect des principes généraux du droit international et du droit constitutionnel suisse ainsi que de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02). A cet égard, la scission de marchés importants en plusieurs lots cohérents dans le respect de la législation et sans que cela ne s'apparente à du saucissonnage prohibé, peut constituer une piste intéressante pour favoriser l'accès au marché des PME locales ».*

Règles de procédure :

Le Tribunal cantonal a notamment proposé plusieurs modifications d'ordre procédural relatives aux art. 52 et 58, al. 3 AIMP 2019. Ces propositions ont été intégrées au projet.

2.3 Commentaire article par article de la loi sur les marchés publics (LMP-VD)

Art. 1 Objet

Cet article définit l'objet de la loi. Il s'inscrit dans la logique de l'adhésion du canton de Vaud à l'AIMP 2019 par voie de décret.

L'al. 2 réserve l'application des dispositions des accords internationaux auxquels la Confédération a adhéré, soit principalement l'Accord révisé du 15 avril 1994 sur les marchés publics (RS 0.632.231.422) et l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68). Il réserve également l'application du droit fédéral, en particulier celle de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02).

Art. 2 Entité non assujettie

L'art. 2 correspond à l'article premier de l'actuel règlement d'application du 7 juillet 2004 de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD). Il maintient une exemption des marchés publics en faveur de la Banque Cantonale Vaudoise en vertu des art. 63, al. 4 et 10 AIMP 2019. Une telle exemption des marchés publics en faveur des banques cantonales existe également dans d'autres législations cantonales (par exemple : FR, LU, NE, VS, TI, UR), ce qui se justifie dès lors que ces établissements exercent une activité commerciale soumise à un régime de libre concurrence. L'assujettissement subjectif au droit des marchés publics est une question centrale de la législation, raison pour laquelle l'exemption de la Banque Cantonale Vaudoise doit être prévue dans la loi plutôt que dans le règlement d'application.

Chapitre II Dispositions particulières

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

La procédure sur invitation est caractérisée au premier plan par la grande liberté laissée à l'adjudicateur de pouvoir inviter les soumissionnaires de son choix à participer à la procédure. Cette liberté est toutefois assortie d'un certain nombre de cautions destinées à assurer le respect des principes fondamentaux des marchés publics.

L'AIMP révisé ne définit pas avec précision les règles applicables à la procédure sur invitation, l'art. 20, al. 2 AIMP se contentant d'énoncer qu'en pareille procédure l'adjudicateur invite, si possible au moins trois soumissionnaires de son choix à présenter une offre, sans lancer d'appel d'offres public et que des documents d'appel d'offres doivent être établis. Le commentaire de l'art. 20, al. 1 AIMP 2019 contenu dans le Message type du 15 novembre 2019 apporte toutefois une précision supplémentaire en indiquant que : « *De manière générale, les règles de la procédure ouverte sont applicables par analogie à la procédure sur invitation, à l'exception des règles en matière de publication* ». A quelques détails près, cette précision existe déjà en droit vaudois à l'art. 9 RLMP-VD aux termes duquel « *Les règles régissant les procédures ouvertes et sélectives sont applicables par analogie à la procédure sur invitation à l'exception des articles 13, 20 et 39 du présent règlement qui se rapportent aux délais et publications* ». L'al. 1 de l'art. 3 a pour objectif de clarifier les règles applicables à la procédure sur invitation. Ces règles sont ainsi les mêmes que celles qui s'appliquent à la procédure ouverte, à l'exception des règles relatives à la publication des décisions. En effet, l'AIMP révisé ayant uniformisé les règles applicables en matière de délais pour les marchés non soumis aux accords internationaux, les délais de remise des offres sont désormais identiques dans les procédures ouvertes non soumises aux accords internationaux et dans les procédures sur invitation (cf. art. 46, al. 4 AIMP 2019). Dans une procédure sur invitation, après avoir pris soin de définir ses besoins, l'adjudicateur adresse une lettre d'invitation à soumissionner aux différentes entités de son choix. Cette invitation ne fait pas l'objet d'une publication de sorte que l'adjudicateur choisit directement les futurs soumissionnaires au marché. L'invitation à soumissionner contient, généralement en annexe, des documents d'appel d'offres qui vont énoncer les exigences du marché, les critères d'évaluation et leur pondération respective, la méthode de notation appliquée à l'évaluation du critère prix, les modalités relatives au traitement des éventuelles questions, le lieu, la date et les autres exigences afférentes à la remise des offres, les règles applicables en matière de sous-traitance et de variantes d'exécution, etc. Sur le contenu des documents d'appel d'offres, il peut être renvoyé à l'art. 36 AIMP 2019 ainsi qu'à l'art. 35 AIMP 2019. En effet, l'art. 35 contient des indications relatives au contenu de l'appel d'offres que l'on doit logiquement retrouver dans les documents de soumission d'une procédure sur invitation. Il en va ainsi des indications figurant à l'art. 35, let. a-g, i, k, l-n, p-s, u et v. Cette invitation est adressée à l'ensemble des soumissionnaires au même moment pour leur assurer un délai de préparation et de remise des offres identiques et garantir ainsi le respect de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Comme la procédure sur invitation ne fait pas l'objet d'une publication sur la plateforme simap.ch, l'adjudicateur ne peut utiliser les fonctionnalités de cette plateforme pour réceptionner les éventuelles questions des soumissionnaires et y répondre en publiant simultanément les réponses.

Pour cette raison, le traitement des questions-réponses en procédure sur invitation fait l'objet d'échanges écrits entre les soumissionnaires et l'adjudicateur. Une fois réceptionnées l'ensemble des questions des soumissionnaires, l'adjudicateur les traite et adresse à l'ensemble des participants à la procédure, y compris à ceux qui n'auraient pas posé de questions, un tableau énonçant les différentes questions posées sous forme anonymisée et les réponses de l'adjudicateur. Enfin, il convient de rappeler que les négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires ne sont pas autorisées en procédure sur invitation et que les décisions prises par l'adjudicateur dans une telle procédure au sens de l'art. 53, al. 1 AIMP 2019 sont sujettes à recours dans un délai de 20 jours.

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

Al. 1 :

L'AIMP 2019, à son art. 52, al. 1, prévoit que les décisions de l'adjudicateur doivent pouvoir faire l'objet d'un recours lorsque la valeur du marché atteint « à tout le moins » le seuil déterminant pour la procédure sur invitation. Le système instauré par le droit intercantonal fait ainsi dépendre l'existence d'une voie de recours contre les décisions de l'adjudicateur de l'atteinte d'une valeur seuil (autrement dit, d'un montant) et non du type de procédure suivi. En revanche, ni cette disposition ni son commentaire ne précisent expressément ce qu'il advient de la voie de recours dans le cadre d'une procédure ouverte, sélective ou d'une procédure sur invitation organisée pour un montant inférieur au seuil de la procédure sur invitation.

Il ressort du Message type de l'AIMP 2019 que les cantons restent libres de mettre en œuvre dans leur législation un système dans lequel la possibilité de recourir n'est pas liée à une valeur seuil, mais est rattachée au type de procédure appliqué. A cet égard, l'unique exigence posée par le droit intercantonal est, comme exposé ci-dessus, qu'une voie de recours soit au minimum prévue dès que la valeur du marché dépasse le seuil de la procédure sur invitation.

Aussi, le canton de Vaud souhaite faire usage de la marge de manœuvre que lui confère l'AIMP 2019 et faire dépendre l'ouverture des voies de recours non pas de la valeur du marché (rapportée à une valeur-seuil) mais bien du type de procédure suivi. Ce choix doit donc être ancré dans la nouvelle loi sur les marchés publics, en prescrivant qu'une voie de recours est ouverte contre les décisions rendues dans le cadre d'une procédure sur invitation et d'une procédure ouverte ou sélective, ainsi que dans une procédure de gré à gré « exceptionnel » (art. 21, al. 2 AIMP 2019) mais pas dans une procédure de gré à gré « ordinaire » (art. 21, al. 1 AIMP 2019), sans égard à la valeur du marché. Au sens de l'art. 53, al. 1 AIMP 2019, sont seules sujettes à recours les décisions suivantes : l'appel d'offres, la décision concernant le choix des participants à la procédure sélective, la décision d'inscrire un soumissionnaire sur une liste ou de l'en radier, la décision concernant les demandes de récusation, l'adjudication, la révocation de l'adjudication, l'interruption de la procédure, l'exclusion de la procédure et le prononcé d'une sanction.

A noter également que la question de savoir si l'adjudication en procédure de gré à gré « ordinaire » est ou non sujette à recours est débattue en droit vaudois. La révision de ce dernier est dès lors l'occasion de clarifier ce point, en fermant toute voie de droit contre une décision d'adjudication rendue à l'issue d'une procédure de gré à gré « ordinaire », pour autant que cette dernière ait été valablement appliquée dans un cas donné (respect des valeurs seuils du gré à gré). C'est d'ailleurs le système qui prévaut actuellement dans les législations valaisanne (cf. art. 12, al. 2 LcAIMP) et neuchâteloise (cf. art. 42, al. 2, let. e LCMP et RJN 2013 p. 464 consid. 1). Les considérations qui précèdent s'appliquent également à la modalité du gré à gré visée à l'art. 20, al. 1, *dernière phrase* AIMP, à savoir le gré à gré dit « comparatif », parfois également appelé « gré à gré concurrentiel ». Un soumissionnaire qui ne se verrait pas attribuer le marché dans le cadre d'un gré à gré comparatif ne peut ainsi pas recourir contre la décision d'adjudication faute de voies de recours. Demeure naturellement réservée la situation dans laquelle il apparaît que la procédure suivie constitue en réalité une procédure sur invitation. Dans ce dernier cas en effet, une voie de recours serait ouverte contre la décision d'adjudication en application de l'art. 4, al. 1, let. c P-LMP-VD

En définitive, le régime instauré par l'AIMP 2019 en matière de voies de recours diffère peu de celui prévu par le droit en vigueur, à une exception notable près : le délai de recours passe de dix à vingt jours afin d'harmoniser sur ce point le droit fédéral et intercantonal. Le recours (de droit administratif) doit être interjeté auprès du Tribunal cantonal (Cour de droit administratif et public) dans les vingt jours à compter de la notification de la décision (art. 56, al. 1 AIMP 2019). Les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas (art. 56, al. 2 AIMP 2019) conformément aux exigences du droit en vigueur (cf. art. 15, al. 2bis AIMP 1994/2001). Les dispositions de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD ; BLV 173.36) sont applicables pour le surplus conformément à l'art. 55 AIMP 2019.

Al. 2 :

L'al. 2 précise la portée de l'art. 52 AIMP 2019 en rapport avec la notion d'instance unique. L'instauration par l'art. 52, al. 1 AIMP 2019 d'une instance cantonale unique en matière de recours permet d'accélérer le traitement des procédures de recours en matière de marchés publics. En droit vaudois, l'art. 94, al. 2 LPA-VD prévoit que les décisions du magistrat instructeur sur l'effet suspensif et sur les mesures provisionnelles peuvent faire l'objet d'un recours à la Cour dans un délai de 10 jours (recours dit incident). Selon le règlement du 13 novembre 2007 organique du Tribunal cantonal (ROTC ; BLV 173.31.1), ce sont trois juges de la Cour de droit administratif et public qui traitent ce recours incident (cf. art. 33, al. 1, let. a ROTC). La dérogation prévue à l'art. 94 al. 2 LPA-VD a été intégrée au P-LMP-VD dans un esprit de respect du principe de célérité induit par l'exigence d'une instance cantonale unique (dans le même sens, Cléa Bouchat, qui indique que le recours incident prévu à l'art. 94, al. 2 LPA-VD n'est pas compatible avec l'exigence d'une instance unique telle qu'elle existe par exemple en matière d'assurances sociales [cf. art. 57 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales], CLEA BOUCHAT, L'effet suspensif en procédure administrative, Bâle 2015, p. 211, n. 570). Dès lors, afin de dissiper tout doute quant à la relation entre l'art. 52 AIMP 2019 et l'art. 94, al. 2 LPA-VD, il est précisé au présent al. 2 qu'en dérogation à l'art. 94, al. 2 LPA-VD, la décision du magistrat instructeur sur l'effet suspensif et les mesures provisionnelles ne peut pas faire l'objet d'un recours. Cette disposition empêche ainsi tout recours interne au Tribunal cantonal qui pourrait se révéler incompatible avec les exigences d'une instance cantonale unique énoncée à l'art. 52 AIMP 2019. Un recours au Tribunal fédéral contre la décision du juge instructeur sur l'effet suspensif et les mesures provisionnelles demeure possible à certaines conditions restrictives.

Al. 3 :

L'art. 58, al. 3 AIMP 2019 prévoit que l'autorité de recours statue sur la demande en dommages-intérêts en même temps qu'elle procède à la constatation de l'illicéité de la décision, cela afin d'éviter les coûts de transaction inutiles et les redondances (cf. Message type de l'AIMP 2019, p. 100). Le Tribunal cantonal est ainsi compétent pour traiter les demandes en dommages-intérêts déposées dans le cadre de la procédure de recours. L'al. 3 vient ici concrétiser l'art. 58, al. 3 AIMP 2019 en précisant que les demandes visant à l'octroi de dommages-intérêts sont soumises à la procédure de l'action de droit administratif prévue par la LPA-VD. S'agissant du délai dans lequel la demande en dommages-intérêts devra être déposée, il ne peut pas être exigé du recourant qu'il formule sa demande dans le délai de recours contre la décision de l'adjudicateur (dans ce sens, Micha Bühler, commentaire de l'article 58 LMP in : Hans-Rudolf Trüb [éd.], Kommentar zu BöB und IVöB, 2020, Art. 58 N 32). Au contraire, le recourant doit avoir la possibilité déposer sa demande dans le cadre de la procédure de recours. Il appartiendra au juge d'accorder un délai au recourant à cette fin en cours de procédure, par exemple lorsque le juge est informé de la conclusion du contrat intervenue entre l'adjudicateur et le soumissionnaire retenu conformément à l'art. 42, al. 2 AIMP 2019.

S'agissant des conditions de la demande en dommages-intérêts, elles suivent les règles générales de la responsabilité de l'Etat : Un dommage, un acte illicite (en l'occurrence, une décision illicite) et un lien de causalité naturel et adéquat entre l'acte illicite et le dommage (Léonard Bruchez, La responsabilité de l'Etat en droit des marchés publics, Revue valaisanne de jurisprudence [RVJ], 2016, p. 455-474, p. 459 ss ; Micha Bühler, commentaire de l'article 58 LMP in : Hans-Rudolf Trüb [éd.], Kommentar zu BöB und IVöB, 2020, Art. 58 N 34 ss ; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, N 510 ss).

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

Le nouvel AIMP contient plusieurs règles applicables en matière de sous-traitance et se veut plus incisif avec cette thématique que ne l'a été par le passé l'AIMP 1994/2001 ou ses Directives d'exécution (DEMP). Le régime instauré par les art. 44 et 45 AIMP 2019 est particulièrement parlant à cet égard puisque ces deux dispositions permettent, dans le premier cas, de répercuter sur un soumissionnaire un motif d'exclusion ou de révocation imputable à l'un de ses sous-traitants et, dans le second cas, de sanctionner directement un sous-traitant. Cette innovation importante amenée par la révision de l'AIMP avait déjà été esquissée par le passé dans la jurisprudence vaudoise. Un arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du 2 septembre 2011 précise en effet que « *si le soumissionnaire persiste dans son choix de recourir à un sous-traitant non conforme, l'adjudicateur bénéficie d'un juste motif pour exclure le soumissionnaire (arrêt TC VD MPU.2011.5 du 2.9.2011)* ».

Cet art. 5 régit le recours à la sous-traitance en application des art. 12, 26 et 63, al. 4 AIMP 2019. Il s'inscrit dans le prolongement des mesures déjà introduites par le passé dans la législation vaudoise pour lutter

efficacement contre les dérives de la sous-traitance, soit principalement le dumping salarial et social (cf. sur ce point la modification du règlement du 7 juillet 2004 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics du 18 décembre 2013 et son commentaire disponible sous la rubrique « bases légales » des pages « marchés publics » du site internet de l'Etat de Vaud¹). Il fait ainsi corps avec la pratique des pouvoirs adjudicateurs qui s'est largement développée dans le domaine de la construction, mais pas uniquement, pour prévenir et sanctionner les atteintes aux aspects sociaux des marchés publics.

Al. 1 et 2 :

Les al. 1 et 2 reprennent les obligations d'annonce et de contrôle des sous-traitants déjà imposées aux soumissionnaires à l'actuel art. 6 RLMP-VD. Ils complètent sur ce point l'art. 12, al. 4 AIMP 2019 (qui rappelle que les sous-traitants sont également tenus de respecter les conditions de participation au marché tant durant la procédure de marché public que durant la phase subséquente d'exécution du marché), ainsi que l'art. 26 AIMP 2019. En effet, pour que l'adjudicateur puisse s'assurer que les sous-traitants remplissent les conditions de participation (cf. art. 12 AIMP 2019), qu'ils soient à jour avec le paiement de leurs impôts et cotisations sociales exigibles et qu'ils ne concluent pas d'accords illicites affectant la concurrence aux termes de l'art. 26 AIMP 2019, les soumissionnaires doivent nécessairement être soumis au préalable à l'obligation d'annoncer leurs sous-traitants, même potentiels. Le commentaire de l'art. 31, al. 1 AIMP 2019 va dans le même sens.

Cette obligation d'annonce est satisfaite, dans un premier temps, lors de la phase de remise des offres puisque c'est dans l'offre qu'il dépose que le soumissionnaire va indiquer les sous-traitants, parfois potentiels, auxquels il entend confier certaines prestations pour l'exécution du marché. En phase d'exécution du marché, cette obligation d'annonce doit être satisfaite à chaque fois que le soumissionnaire retenu entend confier des prestations à un autre sous-traitant que celui préalablement annoncé dans son offre. Un changement de sous-traitant intervenant en phase d'exécution doit demeurer l'exception et non la règle, raison pour laquelle il est soumis à l'existence de justes motifs, tels que l'indisponibilité ou la faillite du sous-traitant initialement proposé. Le nouveau sous-traitant proposé à l'adjudicateur doit, de plus, disposer des mêmes compétences et qualifications (personnelles, techniques, références) que l'ancien sous-traitant annoncé pour pouvoir être admis au marché. La preuve de l'équivalence des compétences et qualifications entre l'ancien et le nouveau sous-traitant proposé incombe au soumissionnaire retenu.

Par « objet » des prestations sous-traitées, l'on vise la nature des travaux ou des services dont l'exécution sera confiée aux sous-traitants, par exemple une entreprise de maçonnerie qui sous traite les travaux de ferrailages et d'échafaudages ou une entreprise de serrurerie qui sous-traite les travaux de peinture des garde-corps. Dans le domaine informatique, on peut citer l'exemple du fournisseur d'une solution informatique (soumissionnaire) qui sous-traite le développement de la tierce maintenance applicative (TMA) ou celui d'un soumissionnaire qui sous-traite la configuration et la gestion d'un cloud ou encore la gestion d'une base de données et le cryptage y afférent. Le fournisseur d'un logiciel (soumissionnaire) pourra également sous-traiter la partie des prestations nécessaires à la réalisation d'un data center.

Par « part » des prestations sous-traitées, l'on vise l'aspect quantitatif desdites prestations, soit leur volume au regard de l'ensemble des prestations qui composent le marché.

Al. 3 :

Depuis plusieurs années, les pouvoirs adjudicateurs ont pris conscience de la nécessité de réglementer le recours à la sous-traitance dans leurs documents d'appel d'offres. Aussi, la sous-traitance n'est généralement plus autorisée pour tout type de prestations comprises dans un marché mais le plus souvent cantonnée à la réalisation de prestations spécifiques. De plus, les pouvoirs adjudicateurs prennent désormais des dispositions pour limiter voire exclure totalement la formation de chaînes de sous-traitants. Car si la sous-traitance se déroule généralement dans de bonnes conditions et constitue le plus souvent un avantage quand ce n'est pas une nécessité pour pouvoir réaliser le marché, la sous-traitance en cascade est, quant à elle, source de nombreux problèmes. La sous-traitance en cascade exerce, en premier lieu, une pression sur les prix auxquels les prestations sont effectuées. A chaque niveau de sous-traitance supplémentaire, cette pression sur les prix augmente en raison de la marge que va se ménager chaque sous-traitant. Dans les domaines régis par des conventions collectives de travail, cette pression sur les prix augmente tout spécialement les risques de non-respect des conditions de travail et des salaires minimaux du personnel occupé, en particulier pour les travailleurs se situant tout en bas de la chaîne de sous-traitance. En deuxième lieu, elle rend totalement opaque l'identité des entités qui œuvrent effectivement à la réalisation des prestations. Enfin, en troisième lieu, cette sous-traitance en cascade dilue la responsabilité et l'implication des différentes entreprises dans la réalisation des prestations requises et rend plus complexe la recherche des responsables lorsque les prestations ne sont pas réalisées ou ne le sont pas dans les délais convenus, ne respectent pas les normes applicables, présentent des défauts, etc.

¹ <https://www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/marches-publics/bases-legales/>.

Pour ces différentes raisons, l'al. 3 consacre une interdiction générale de principe du recours à la sous sous-traitance, à l'instar de ce que prévoient déjà d'autres législations cantonales à l'heure actuelle (ex. art. 35, al. 6 du Règlement (genevois) du 17 décembre 2007 sur la passation des marchés publics (RMP ; rsGE L 6 05.01) ; art. 17, al. 3 de l'Ordonnance (valaisanne) du 11 juin 2003 sur les marchés publics (OMP ; RSVS 726.100) ; art. 24, al. 2 et 3 de la Legge (tessinoise) del 20 febbraio 2001 sulle commesse pubbliche (LCPubb ; RL 730.100). Cette interdiction de la sous sous-traitance revient en définitive à n'autoriser qu'un seul niveau de sous-traitance aux soumissionnaires lorsque l'adjudicateur admet la sous-traitance pour son marché. Elle ne concerne en revanche pas les consortiums. Aussi, en lieu et place de la configuration dans laquelle un sous-traitant du soumissionnaire retenu sous-traite à son tour à un tiers, il est envisageable que le sous-traitant s'associe à ce tiers sous la forme d'un consortium.

Cette mesure ne limite pas nécessairement les soumissionnaires dans le choix de leurs sous-traitants puisqu'ils pourront, cas échéant, faire remonter d'un cran dans la chaîne de sous-traitance, les prestataires [des sous-traitants de deuxième niveau] dont ils auront besoin pour réaliser le marché. Ainsi, en lieu et place d'annoncer un sous-traitant dont le soumissionnaire sait pertinemment que celui-ci sous-traitera une partie des prestations à un sous-traitant de deuxième niveau, le soumissionnaire devra annoncer ces deux sous-traitants (le sous-traitant de premier niveau et le sous-traitant de deuxième niveau qui devient ainsi sous-traitant de premier niveau) dans son offre. Cela impliquera pour les soumissionnaires une meilleure anticipation des besoins et des moyens à mettre en place pour exécuter les marchés. En particulier, une plus grande attention devra être apportée à la sélection des prestations que les soumissionnaires entendent réaliser eux-mêmes et de celles qu'ils entendent sous-traiter.

Cette interdiction de la sous sous-traitance vise à endiguer ces fameuses chaînes de sous-traitance et les différents problèmes qu'elles posent en pratique (atteinte aux aspects sociaux, travail au noir, concurrence déloyale, etc.). Seront ainsi prohibées à l'avenir les situations dans lesquelles un sous-traitant annoncé par le soumissionnaire (1^{er} niveau de sous-traitance) sous-traite, à son tour, tout ou partie de ces prestations à un deuxième sous-traitant (2^{ème} niveau de sous-traitance), qui sous-traite lui aussi, tout ou partie de ces prestations, à un troisième sous-traitant (3^{ème} niveau de sous-traitance) et ainsi de suite.

Al. 4 :

Compte tenu de la situation particulière de certains marchés, cette interdiction générale de principe du recours à la sous sous-traitance mérite cependant d'être assortie d'exceptions, exceptions dans tous les cas limitées à un deuxième niveau de sous-traitance. Ainsi, le recours à la sous sous-traitance peut se justifier pour des raisons techniques, organisationnelles ou de compétences notamment. Tel est par exemple le cas pour les marchés de travaux en entreprise générale ou totale dans lesquels un second niveau de sous-traitants se justifie principalement pour des motifs organisationnels.

Selon la jurisprudence et la doctrine, l'entreprise générale désigne, en pratique, le contrat par lequel une partie (l'entrepreneur général) s'engage à l'égard du maître à réaliser la totalité d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage, sans égard à la nature des travaux à effectuer. L'entreprise totale désigne, quant à elle, le contrat dans lequel l'entrepreneur se charge non seulement de la réalisation de l'ouvrage, mais également de l'établissement des projets et des plans (cf. ATF 114 II 53 c. 2a, JdT 1988 I 360 ; arrêts du TF 4A_99/2015 et 4A_101/2015 du 21.7.2015 c. 4.1 ; ainsi que PIERRE TERCIER ET AL., Les contrats spéciaux, 5^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 486 ss).

Dans les marchés de travaux en entreprise générale ou totale, l'interdiction générale du recours à la sous sous-traitance autorisera l'adjudicateur à offrir au soumissionnaire retenu la possibilité de sous-traiter des prestations mais jusqu'à un second niveau de sous-traitance uniquement. En d'autres termes, l'entreprise générale ou totale retenue pour l'exécution du marché pourra sous-traiter des prestations à un sous-traitant (1^{er} niveau de sous-traitance) qui pourra à son tour sous-traiter tout ou partie de ces prestations à un nouveau sous-traitant (2^{ème} niveau de sous-traitance) mais ce dernier ne pourra pas sous-traiter à son tour tout ou partie des prestations à lui confiées. Le non-respect de cette exigence représente un motif d'exclusion du soumissionnaire et de révocation de l'adjudication préalablement prononcée.

La sous-traitance de compétence (ou de spécialité) peut également justifier le recours à un second niveau de sous-traitance.

Ces situations particulières permettant le recours à un deuxième niveau de sous-traitance doivent toutefois être interprétées restrictivement en pratique.

Al. 5 :

Le non-respect de l'annonce des sous-traitants et des prestations qui seront exécutées par voie de sous-traitance tout comme le non-respect de l'interdiction du recours à la sous-traitance ou, lorsque cette dernière est exceptionnellement autorisée en application de l'al. 4, le recours à de la sous-traitance de troisième niveau, représentent un motif d'exclusion du soumissionnaire et de révocation de l'adjudication préalablement prononcée. Ce motif d'exclusion vient s'ajouter à la liste non exhaustive des motifs d'exclusion figurant à l'art. 44 AIMP. Il découle de la marge de manœuvre résiduelle laissée aux cantons par l'art. 63, al. 4 AIMP en relation avec l'art. 12 AIMP.

S'il s'avère en sus que le sous-traitant en question n'a pas respecté les exigences de l'art. 12 AIMP, soit notamment les conditions de travail, les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les obligations d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN ; RS 822.41), l'adjudicateur pourra activer la peine conventionnelle prévue dans le contrat conclu avec le soumissionnaire retenu (cf. art. 7 P-LMP-VD), les autres sanctions prévues par les art. 44, al. 2, let. f et g et 45 AIMP demeurant réservées.

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

Cet article, introduit à la suite de la consultation, en application des art. 12 et 63, al. 4 AIMP 2019, prévoit de nouvelles obligations concernant le recours à de la main d'œuvre temporaire dans l'exécution de marchés publics. Il impose ainsi aux soumissionnaires et aux sous-traitants qui souhaitent recourir à des travailleurs temporaires, l'obligation d'annoncer à l'adjudicateur – préalablement à toute exécution de prestations – les entreprises de location de services (bailleurs de services) auprès desquelles ces derniers se fourniront en travailleurs temporaires. A cette obligation d'annonce préalable à charge des soumissionnaires et de leurs sous-traitants s'ajoute une obligation de contrôle à charge de l'adjudicateur consistant pour lui à vérifier auprès de la commission professionnelle paritaire compétente que l'entreprise de location de services (bailleur de services) proposée est en règle et respecte la convention collective de travail applicable. Lorsque tel n'est pas le cas, l'adjudicateur refusera l'entreprise de location de services proposée et exigera du soumissionnaire ou du sous-traitant qu'il propose une autre entreprise de location de services qui soit en règle.

Art. 7 Peines conventionnelles (art. 12 AIMP)

Al. 1 :

Le commentaire de l'art. 12, al. 5 AIMP 2019 précise que le non-respect des exigences de l'art. 12 peut être sanctionné par des clauses appropriées dans les contrats de marchés publics, notamment par des peines conventionnelles. Le présent article reprend ainsi, en application des art. 12 et 63, al. 4 AIMP 2019, le contenu de l'actuel art. 6, al. 6 RLMP-VD relatif à la peine conventionnelle.

La peine conventionnelle est une prestation pécuniaire que le soumissionnaire retenu s'engage à payer à l'adjudicateur pour le cas où lui-même ou ses sous-traitants ne respecteraient pas les obligations énoncées à l'art. 12 AIMP 2019, soit le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail applicables, de l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, des obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN ; RS 822.41) et des prescriptions légales relatives à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles.

L'introduction de peines conventionnelles dans les contrats conclus entre l'adjudicateur et le soumissionnaire retenu représente une mesure dissuasive dont l'objectif premier n'est pas de permettre à l'adjudicateur d'engranger de l'argent mais bien de prévenir et d'empêcher les atteintes portées aux obligations susmentionnées. En cas de violation des obligations énoncées à l'art. 12 AIMP 2019 par le soumissionnaire ou par l'un de ses sous-traitants, l'adjudicateur peut activer la peine conventionnelle et sanctionner directement le soumissionnaire. La créance en paiement du montant de la peine conventionnelle peut alors être compensée aux conditions de l'art. 120 CO avec celle du soumissionnaire tendant à la rémunération de ses prestations.

Le non-paiement des impôts et des cotisations sociales exigibles (pour autant qu'il ne constitue pas une violation d'une CCT) de même que la conclusion d'accords illicites affectant la concurrence ne doivent pas conduire à l'application d'une peine conventionnelle. Ces violations peuvent, le cas échéant, être sanctionnées par l'adjudicateur en application de l'art. 44, al. 1, let. g et al. 2, let. b AIMP 2019, respectivement par l'autorité cantonale de surveillance en application de l'art. 45, al. 1 qui renvoie à l'art. 44, al. 2, let. b AIMP 2019.

La peine conventionnelle constitue, en outre, l'une des dix mesures énoncées par le Guide pratique pour le respect des aspects sociaux, guide élaboré sous la houlette du Groupe vaudois pour des marchés publics éthiques¹ qui réunit l'Etat de Vaud, l'Union et l'Association des Communes Vaudoises (UCV et AdCV), la Société suisse des Ingénieurs et des Architectes (SIA Vaud), l'Union Patronale des Ingénieurs et Architectes Vaudois (UPIAV), l'Inter groupe des Associations d'Architectes Vaud (InterAssAr), la Fédération vaudoise des entrepreneurs, le syndicat UNIA Vaud, ainsi que la faîtière des entreprises générales Développement Suisse. Un modèle de clause pénale type à disposition des pouvoirs adjudicateurs figure en libre accès sur le site internet de l'Etat de Vaud².

A noter encore que d'autres législations prévoient également une disposition relative aux peines conventionnelles (pour un exemple, cf. art. 16 de la Legge (tessinoise) del 20 febbraio 2001 sulle commesse pubbliche (LCPubb ; RL 730.100).

Al. 2 :

Cet alinéa a été introduit à la suite de la consultation du projet de loi en réponse aux propositions émanant de certains milieux soucieux de faciliter le recouvrement des peines conventionnelles par l'adjudicateur. Les garanties que peut exiger l'adjudicateur sont similaires à celles évoquées dans certaines conventions collectives de travail qui connaissent un tel régime de garanties pour faciliter le recouvrement de peines conventionnelles (par exemple : annexe VI de la CCT romande du second œuvre ; annexe 4 de la CCT Métal-Vaud ; annexe 1 de la CCT pour les échafaudeurs).

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

L'art. 8 précise les règles applicables aux conditions de travail en application de l'art. 12 AIMP 2019 et conformément à la compétence résiduelle conférée aux cantons par l'art. 63, al. 4 AIMP 2019. Le respect des conditions de travail applicables constitue, au même titre que le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs ou de l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, une condition de participation au marché indispensable pour assurer le fonctionnement d'une concurrence loyale et efficace entre soumissionnaires. Le non-respect de cette exigence donne lieu à des sanctions diverses (exclusion de la procédure, révocation de l'adjudication, exclusion des marchés publics futurs, amende, peine conventionnelle, etc.).

Conformément à l'art. 3, let. d AIMP, les conditions de travail sont définies comme étant les dispositions impératives du code des obligations concernant le contrat de travail, les dispositions normatives contenues dans les conventions collectives et les contrats-types de travail ou, à défaut, les conditions de travail usuelles dans la région et dans la branche.

Al. 1 :

Cet alinéa clarifie la question de l'application des conditions de travail en vigueur au lieu d'exécution à des soumissionnaires et sous-traitants extérieurs au canton au vu des éléments présentés dans le commentaire de l'art. 12 AIMP 2019 et du régime finalement retenu par le Parlement fédéral à l'art. 12, al. 1 LMP (RS 172.056.1).

Pour rappel, dans le cadre des travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la LMP révisée au niveau fédéral, l'art. 12, al. 1 LMP a été modifié dans le but d'imposer aux soumissionnaires le respect des conditions de travail applicables au lieu d'exécution de la prestation (principe du lieu d'exécution) en lieu et place de celles applicables au lieu de leur siège ou de leur établissement en Suisse (principe du lieu de provenance). Ce faisant, le Parlement fédéral a abandonné la solution harmonisée avec les cantons en faveur du principe du lieu de provenance présentée dans le cadre du projet commun Aurora (LMP révisé/AIMP révisé). En effet, en application de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02), les cantons sont, hormis dans de rares situations, tenus d'appliquer le principe du lieu de provenance à leurs marchés. Comme les parlementaires fédéraux ont renoncé à adapter la loi fédérale sur le marché intérieur sur ce point lors des débats, le principe du lieu de provenance continue de s'appliquer aux cantons.

Dans le cadre de la consultation succincte menée au cours de l'été 2019 auprès des gouvernements cantonaux et du Bureau interparlementaire de coordination (BIC) par la Conférence des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP) à la suite de l'adoption de la LMP par le Parlement fédéral, plusieurs cantons romands (VD et FR) et le BIC ont demandé à ce que le principe du lieu d'exécution soit également retenu à l'art. 12, al. 1 AIMP.

¹ <https://marchespublics-vaud.ch>.

² <https://www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/marches-publics/modeles-et-recommandations/>.

L'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) a alors requis une expertise de la Commission de la concurrence pour connaître, en sa qualité d'autorité d'application de la LMI, la marge de manœuvre dont disposent les cantons pour introduire le principe du lieu d'exécution à l'art. 12 AIMP 2019, respectivement dans leur droit cantonal.

Il ressort notamment des conclusions de cette expertise disponible sur le site internet de la DTAP¹ que : a) Les cantons ne peuvent pas introduire de principe général du lieu d'exécution au niveau des normes cantonales en raison des prescriptions de la LMI et du principe du lieu de provenance qui y figurent. En d'autres termes, les cantons ne peuvent pas prévoir à l'art. 12, al. 1 AIMP 2019 ou dans leur législation cantonale l'application des conditions de travail « au lieu d'exécution » comme dans la LMP rév. ; b) Les cantons ont en revanche la faculté de déclarer exceptionnellement applicables les prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution, lors de l'application du droit dans un cas particulier, selon les conditions de l'art. 2, al. 5 et de l'art. 3 LMI. Selon la COMCO, 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 (p. ex. protection contre le dumping social) justifie l'application des prescriptions du lieu d'exécution. Cela pourrait par exemple être le cas s'il existe différentes conventions collectives de travail présentant des différences significatives en ce qui concerne les niveaux de salaire.

L'al. 1 précise ainsi les circonstances particulières dans lesquelles le principe du lieu d'exécution est susceptible de trouver application. Celles-ci 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 ne se situe pas dans le canton de Vaud mais dans un autre canton suisse dans lequel les conditions de travail en vigueur s'écarteraient à la baisse de celles fixées dans la CCT vaudoise et constituerait de la sorte du dumping. Elles supposent enfin que les prestations en cause soient exécutées dans le canton de Vaud.

L'objet de cet alinéa 1 n'est pas de définir le champ d'application des CCT mais bien de préciser les circonstances dans lesquelles le principe du lieu d'exécution pourrait trouver application dans le cadre des marchés publics vaudois. Le contrôle du respect des conditions de travail prévues par les CCT relève de la compétence des commissions professionnelles paritaires.

L'al. 1 concilie ainsi les conclusions de l'avis de droit de la COMCO repris dans le commentaire des art. 12 et 64, al. 3 AIMP 2019 avec la situation particulière du canton de Vaud, lequel compte un grand nombre de conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire sur son territoire, notamment : la CCT des bureaux d'architectes et ingénieurs vaudois, la CCT des bureaux d'ingénieurs géomètres vaudois, la CCT des paysagistes et entrepreneurs de jardins du Canton de Vaud. La liste complète des CCT étendues est disponible sur le site internet du SECO². L'al. 1 consacre enfin une solution qui s'inscrit dans la même ligne que la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 128 II 13) concernant l'application d'une CCT déclarée de force obligatoire au niveau cantonal à des prestations fournies dans ce canton par une entreprise sise dans un autre canton.

L'art. 2 de la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (LDét ; RS 823.20) demeure réservé en ce qui concerne les soumissionnaires et les sous-traitants dont le siège ou l'établissement se situe à l'étranger.

Al. 2 :

Cet alinéa précise le rôle des commissions professionnelles paritaires dans le cadre de leur activité de contrôle des conventions collectives de travail. Il vient compléter l'art. 12, al. 5 et 6 AIMP 2019 afin que les organes paritaires puissent spontanément informer l'adjudicateur du marché de l'ouverture d'une procédure et ne pas avoir à attendre une demande en ce sens de l'adjudicateur.

En l'état, la grande majorité des pouvoirs adjudicateurs soumettent aux différentes commissions professionnelles paritaires le nom des soumissionnaires ainsi que la liste des sous-traitants potentiels pour contrôle à la suite de l'ouverture des offres. De cette manière, les pouvoirs adjudicateurs s'assurent que les participants à la procédure respectent les conditions de travail fixées par les conventions collectives de travail.

Conformément au *modus operandi* mis en place par l'Etat avec les partenaires sociaux et accessible à tous les adjudicateurs vaudois, les procès-verbaux d'ouverture des offres et les listes de sous-traitants sont adressées pour contrôle aux Commissions professionnelles paritaires de l'Industrie vaudoise de la construction (CPP-VD) au moyen de l'adresse suivante : marchepublic@cppvd.ch.

¹ <https://www.bpuk.ch/fr/dtap/documentation/rapports-expertises-concepts/domaine-des-marches-publics>.

² <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home.html>.

Pendant l'exécution du marché, les pouvoirs adjudicateurs renouvellent leur demande de contrôle auprès des CPP-VD en cas de changement de sous-traitant.

Cette démarche de contrôle auprès des CPP-VD est explicitée dans le Guide pratique pour le respect des aspects sociaux édité par le Groupe vaudois pour des marchés publics éthiques (cf. sur ce point le commentaire de l'art. 7) et recommandée pour prévenir les atteintes aux aspects sociaux.

Ce contrôle opéré par les CPP-VD ne doit pas être confondu avec un autre contrôle effectué par les pouvoirs adjudicateurs concernant les deux listes noires tenues par le SECO et publiées sur son site internet. En effet, le SECO publie sur son site internet la liste¹ des employeurs exclus des marchés publics futurs aux niveaux communal, cantonal et fédéral pour une durée déterminée à la suite de violation grave ou répétées des obligations d'annonce et d'autorisation prévues par la loi fédérale sur le travail au noir (cf. art. 13 LTN ; RS 822.41). Le SECO publie également sur son site internet la liste² des employeurs étrangers ou des indépendants étrangers qui sont privés d'offrir leurs prestations en Suisse pour une durée déterminée en application de l'art. 9 de la loi fédérale sur les travailleurs détachés (LDét ; 823.20). L'examen de ces deux listes du SECO par l'adjudicateur peut intervenir à différents moments de la procédure et est également recommandé par le Guide pratique pour le respect des aspects sociaux (cf. recommandation no 5).

Al. 3 :

Depuis quelques années déjà, l'apparition de système de contrôle par badge (carte professionnelle ou système équivalent) dans le domaine de la construction facilite le contrôle du respect des conventions collectives de travail. De plus en plus de pouvoirs adjudicateurs exigent désormais de la part du futur adjudicataire du marché qu'il soit équipé, de même que ses sous-traitants, d'un système de badges pour l'exécution du marché. Le Guide pratique pour le respect des aspects sociaux contient également une recommandation à cet égard ainsi qu'une clause type à faire figurer dans les documents d'appel d'offres (cf. recommandation no 4).

Art. 9 Développement durable

L'article 9 vient concrétiser les dispositions de l'AIMP 2019 touchant au développement durable (art. 2, 12, 29 et 30 AIMP 2019). Le développement durable joue désormais un rôle important dans l'AIMP 2019 et influencera de plus en plus la définition des marchés et la conception des critères dans les appels d'offres futurs. Le premier but cité par l'Accord prévoit une acquisition économique de prestations répondant aux exigences du développement durable. L'AIMP 2019 englobe les trois dimensions du développement durable en prévoyant une utilisation économiquement, socialement et écologiquement responsable des deniers publics (cf. art. 2, let. a AIMP 2019).

Al. 1 :

L'AIMP 2019 accorde une plus grande marge de manœuvre aux adjudicateurs dans la prise en compte du développement durable. Il est désormais attendu des adjudicateurs qu'ils exploitent cette marge de manœuvre. C'est dans cet esprit que l'alinéa 1 a été rédigé : il incite les adjudicateurs à prendre en compte le développement durable dans leurs marchés et encourage, par voie de conséquence, les soumissionnaires à améliorer leur engagement en faveur d'une société plus durable.

Le développement durable peut non seulement être pris en compte dans les critères d'adjudication, mais aussi dans la définition par l'adjudicateur des spécifications techniques et des critères d'aptitude de son marché. Il appartient ensuite à l'adjudicateur de vérifier et de s'assurer que les exigences qu'il a prévues sont respectées et mises en œuvre durant toute la durée du marché.

Al. 2 :

L'al. 2 reprend en partie la teneur actuelle de l'art. 16, al. 2 RLMP-VD qui prévoit le recours à des écolabels. Le présent alinéa a toutefois une portée plus large puisqu'il traite non seulement des spécifications techniques mais également des critères. Il intègre de surcroît la dimension sociale du développement durable. L'al. 2 rappelle que les critères et les spécifications techniques environnementaux ou sociaux doivent être appropriés pour définir les caractéristiques des prestations faisant l'objet du marché. En d'autres termes, ils doivent toujours avoir un lien objectif avec l'objet du marché. En effet, les critères et les spécifications techniques d'un marché doivent respecter les principes généraux des marchés publics et notamment l'interdiction des discriminations.

¹https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/schwarzarbeit/Bundesgesetz_gegen_Schwarzarbeit.html (liste LTN).

²https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/freier-personenverkehr-ch-eu-und-flankierende-massnahmen/entsendung-von-arbeitnehmenden-in-die-schweiz.html (liste LDét).

Les exigences d'ordre écologique ou social d'un adjudicateur doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires aux marchés et ne doivent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence internationale. Si ces exigences ont pour but ou pour effet de restreindre l'accès au marché de soumissionnaires étrangers ou provenant d'une autre région, elles pourraient être considérées par un tribunal comme constitutive d'une restriction illicite à la concurrence et être jugées contraire au droit supérieur (AIMP 2019, LMI, AMP 2012). Enfin, l'alinéa 2 précise que les spécifications techniques et critères susmentionnés ne doivent pas constituer une restriction excessive de la concurrence, cela afin de se conformer à l'un des principaux buts du droit des marchés publics : assurer une concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires (art. 2 let. d AIMP 2019).

Al. 3 :

L'al. 3 représente le contre-projet du Conseil d'Etat à la motion Pahud « Pour une véritable promotion du bois comme unique matériau renouvelable » (19_MOT_73). Il permet aux adjudicateurs de se référer spécifiquement (mais pas uniquement) au label Bois Suisse dans les marchés de travaux. 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 vaudois 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. La règle prévue par l'alinéa 3 n'entre pas en contradiction avec la LMI puisqu'elle s'applique de la même manière à tous les soumissionnaires, qu'ils soient établis dans le canton de Vaud ou en dehors de ce dernier. Il s'agit en effet, avec cette règle, d'encourager l'utilisation d'un bois produit durablement et provenant de toutes les régions de Suisse. **Chapitre III Autorités compétentes**

Art. 10 Conseil d'Etat

Cet article reprend l'art. 6, let. a et j du modèle de loi d'adhésion à l'AIMP 2019 adopté par la DTAP le 15 novembre 2019. L'art. 10, al. 1, let. a s'inscrit dans le prolongement des compétences attribuées au Conseil d'Etat par l'art. 121 de la Constitution vaudoise.

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

Pour favoriser une bonne application du droit des marchés publics, il est nécessaire de bénéficier d'une autorité de surveillance des marchés publics au niveau cantonal. Jusqu'alors, l'autorité cantonale de surveillance était désignée à l'art. 14 LMP-VD. Il s'agit aujourd'hui de reprendre la règle existante, en définissant plus précisément les tâches qui incombent à l'autorité cantonale de surveillance, à savoir le département en charge des infrastructures.

L'art. 11, al. 2, let. a P-LMP-VD vise à concrétiser l'obligation faite aux cantons de veiller au respect de l'AIMP 2019 (art. 62 AIMP) et à étendre son application aux règles contenues dans le droit cantonal (P-LMP-VD et P-RLMP-VD). Cette tâche de contrôle est à distinguer du contrôle juridictionnel prévu dans le cadre des procédures de recours. En effet, l'examen de la légalité d'une décision prise dans le cadre des marchés publics par un adjudicateur relève de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire saisie sur recours. L'autorité de surveillance ne peut se substituer à cette dernière. La surveillance prévue à la let. a concerne les soumissionnaires et leurs sous-traitants mais également les adjudicateurs. Il est en effet nécessaire d'inclure dans le champ d'application de la surveillance tous les acteurs des marchés publics, qu'il s'agisse d'entités lançant des marchés publics ou d'entités déposant des offres ou encore celles qui se voient sous-traiter une partie de l'exécution du marché.

Par ailleurs, l'autorité cantonale de surveillance est désignée à l'art. 11, al. 2, let. b P-LMP-VD comme autorité compétente pour prononcer les sanctions et édicter les instructions prévues à l'art. 45 AIMP 2019. 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. Conformément à la marge de manœuvre laissée aux cantons par l'art. 45, al. 1 AIMP 2019, la compétence pour prononcer ces sanctions est attribuée exclusivement à l'autorité cantonale de surveillance. Elles ne peuvent dès lors pas être prononcées par les adjudicateurs. Cette centralisation des compétences présente plusieurs avantages : elle permet d'étendre le périmètre des exclusions des marchés publics futurs à tout le territoire cantonal et de ne pas le limiter aux seuls marchés d'un adjudicateur. Ainsi les exclusions des marchés publics futurs prononcées par l'autorité cantonale de surveillance s'appliqueront aux niveaux cantonal et communal, ce qui renforce l'efficacité de ces sanctions.

La centralisation des compétences en matière d'exclusion permet en outre d'assurer une certaine uniformité dans l'application des sanctions prononcées à l'encontre des soumissionnaires et des sous-traitants au niveau cantonal et le développement d'une pratique respectueuse de l'égalité de traitement entre les entités sanctionnées.

Les adjudicateurs ne sont toutefois pas démunis et conservent le pouvoir de prononcer les sanctions prévues par l'art. 44 AIMP 2019, soit notamment l'exclusion de la procédure et la révocation de l'adjudication. Jusqu'alors, les sanctions dont étaient passibles les soumissionnaires étaient consacrées à l'art. 14a LMP-VD : l'al. 1 concernait les sanctions prononcées par l'adjudicateur et l'al. 2 les sanctions de l'autorité cantonale de surveillance. Désormais, tant les actes passibles de sanctions que le type de sanctions qu'encourent les soumissionnaires et leurs sous-traitants lorsqu'ils contreviennent aux règles de l'AIMP sont énoncés aux art. 44 et 45 AIMP 2019. Le système de sanction prévu par l'art. 45 AIMP 2019 permet désormais de sanctionner directement un sous-traitant et non pas uniquement le soumissionnaire, pour les actes de son sous-traitant comme c'était le cas jusqu'alors.

S'agissant des adjudicateurs, l'autorité cantonale de surveillance est notamment habilitée, en application de l'art. 45, al. 4 AIMP 2019, à ouvrir des enquêtes administratives à leur encontre et à édicter des instructions contraignantes.

Al. 3 :

Cet alinéa précise les moyens à disposition de l'autorité cantonale de surveillance dans l'exécution des tâches qui lui sont dévolues. En règle générale, l'autorité cantonale de surveillance agit sur dénonciation mais elle peut également se saisir d'office des cas qui parviennent à sa connaissance. La let. a règle l'échange d'informations entre l'autorité cantonale de surveillance, d'une part, et les différentes entités pouvant faire l'objet d'un contrôle, d'autre part. Les let. b et c précisent quant à elles que l'autorité peut également mener des auditions dans le cadre des procédures qu'elle instruit et qu'elle est habilitée à requérir l'aide d'experts externes si elle l'estime nécessaire. Il est en effet indispensable, pour que l'autorité cantonale de surveillance mène à bien sa mission, qu'elle puisse accéder à tous les renseignements utiles et procéder, elle-même ou avec l'appui de personnes qualifiées, à toutes les analyses nécessaires à la conduite de ses activités.

Al. 4 :

Cet alinéa instaure un devoir de collaboration des soumissionnaires, des sous-traitants et des adjudicateurs, à l'instar de ce qui est prévu pour d'autres entités chargées de la surveillance de certains domaines (Préposé à la protection des données personnelles, Contrôle cantonal des finances, Cour des comptes, etc.). L'autorité cantonale de surveillance doit en effet pouvoir compter sur la collaboration des principaux acteurs des procédures de marchés publics, y compris une fois la procédure terminée et le marché adjugé, et notamment accéder aux informations et pièces utiles à l'exécution de sa mission. Ce devoir de collaboration concerne tous les marchés publics soumis à la législation cantonale, quelle que soit la procédure suivie par l'adjudicateur. Enfin, le secret de fonction et les secrets d'affaires ne doivent pas pouvoir être valablement opposés à l'autorité de surveillance lorsqu'elle exige des renseignements de la part d'un adjudicateur, d'un soumissionnaire ou d'un sous-traitant dans l'accomplissement de ses tâches.

Art. 12 Travail au noir

Selon l'art. 13, al. 1, de la loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN ; RS 822.41), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, en cas de condamnation entrée en force d'un employeur pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, l'autorité cantonale compétente exclut l'employeur concerné des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour cinq ans au plus. Il s'agit d'une exclusion générale des marchés publics futurs (et non d'une simple exclusion relative à un marché ou à un adjudicateur en particulier). Elle concerne l'attribution de tous les futurs marchés publics, quelle que soit la procédure suivie par l'adjudicateur (procédure de gré à gré, sur invitation, ouverte, sélective, concours ou mandat d'études parallèle ; dans le même sens, cf. GUERRIC RIEDI, Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs, *in* : Zufferey et al. [édit.], Marchés publics 2016, Zurich/Bâle/Genève 2016, p. 335, n. 95). Comme le rappelle le Conseil fédéral dans son message relatif à la LTN, la sanction porte exclusivement sur des adjudications à venir et tout marché d'ores et déjà attribué au moment du prononcé de la sanction reste acquis à son adjudicataire (Message du Conseil fédéral du 16 janvier 2002, FF 2002 p. 3371ss, p. 3420). Il n'en demeure pas moins que pour les marchés d'ores et déjà attribués qui sont en cours d'exécution, l'adjudicateur continue de disposer de tous les moyens de sanction prévus par la législation sur les marchés publics en cas de comportement illicite de l'adjudicataire du marché (cf. notamment les sanctions de l'art. 44 AIMP 2019).

Depuis de nombreuses années déjà, le département en charges des infrastructures est l'autorité compétente pour prononcer l'exclusion des employeurs des futurs marchés publics au sens de l'art. 13 LTN. Il s'agit de maintenir ici cette compétence, notamment en raison du lien de connexité qui existe entre cette activité et les tâches également attribuées à ce département ou directement à son secrétariat général, à savoir le rôle d'autorité de surveillance des marchés publics (art. 11) et le rôle de centre de compétences sur les marchés publics (art. 14).

A noter que les décisions d'exclusions des marchés publics futurs prononcées par l'autorité cantonale compétente sont communiquées au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) qui se charge ensuite de publier une liste publique des entreprises sous le coup d'une telle mesure. Toutes les personnes intéressées peuvent ainsi accéder à la liste des entreprises exclues des marchés publics futurs, à l'instar du système mis en place pour les employeurs qui ont fait l'objet d'une sanction selon la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail la loi sur les travailleurs détachés (LDét ; RS 823.20).

Le critère primordial dans l'appréciation de la sanction à prononcer sur la base de l'art. 13 LTN est celui de la durée de l'infraction à la législation en matière d'assurances sociales ou des étrangers. Aussi, lorsqu'un même employeur a été condamné pénalement pour avoir employé au noir plusieurs travailleurs, simultanément ou successivement, la durée des infractions sera cumulée. De même, la récidive doit être prise en compte comme un facteur aggravant de la sanction, lorsque le non-respect des obligations visées à l'art. 13, al. 1 LTN est important, ou lorsque l'auteur a commis plusieurs infractions mineures successives. Le fait que l'entreprise fautive soit active dans le domaine des marchés publics doit être également retenu comme une circonstance aggravante de la sanction, car une telle entreprise n'est pas apte à soumissionner, voire, selon les circonstances, a soumissionné alors qu'elle n'était pas apte à le faire (arrêt de la CDAP MPU.2018.0008 du 24 mai 2018 consid. 2 et arrêt de la CDAP MPU.2015.0054 du 27 janvier 2016 consid. 2b). La loi sur le travail au noir n'opère aucune distinction entre les notions de travail au noir et de travail au gris. Dans l'acceptation courante, le travail au gris correspond à la situation dans laquelle un employeur engage un ressortissant étranger sans autorisation de séjour tout en s'acquittant des charges sociales. Dans le cadre de l'application de la LTN, le travail au gris ne constitue donc pas une forme atténuée de travail au noir, la simple occupation d'un travailleur étranger sans respecter les devoirs d'annonce et d'autorisation imposés par la législation sur les étrangers suffisant à retenir la qualification de travail au noir (GUERRIC RIEDI, *op. cit.*, p. 331, n. 80). D'après la jurisprudence cantonale, le fait qu'un employeur se soit acquitté des charges sociales afférentes aux travailleurs employés sans autorisation (cas de travail au gris) ne doit pas être pris en compte à sa décharge. En effet, « l'art. 13 al. 1 LTN envisage alternativement ces deux motifs de sanction, et ne prévoit aucun motif d'atténuation dans l'hypothèse désignée fréquemment comme "travail au gris" » (arrêt de la CDAP MPU.2015.0054 du 27 janvier 2016 consid. 2b *in fine* et arrêt de la CDAP MPU.2013.0025 du 26 mars 2014 consid 9b).

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

L'art. 13, al. 1 attribue au département la compétence réservée à l'art. 28, al. 1 AIMP 2019, de créer des listes de soumissionnaires ayant l'aptitude requise pour pouvoir obtenir des marchés publics. Un tel système est déjà prévu dans l'actuel règlement sur les marchés publics (cf. art. 25 ss RLMP-VD). L'introduction de listes de soumissionnaires représente une possibilité offerte par l'AIMP 2019 et non une obligation. Il appartiendra dès lors au département de décider si un tel système de listes est opportun et si sa gestion peut être déléguée aux associations professionnelles. A noter qu'un tel système de listes demeure rare en pratique, seuls deux cantons suisses tenant des listes de soumissionnaires (cantons du Valais et de Thurgovie) à l'heure actuelle.

Le second alinéa prévoit, comme le fait l'actuel art. 27, al. 1 RLMP-VD, une délégation de compétence en faveur des associations professionnelles intéressées concernant la gestion des listes de soumissionnaires.

Art. 14 Centre de compétences sur les marchés publics

Le Centre de compétences sur les marchés publics du Canton de Vaud (CCMP-VD) assure, depuis de nombreuses années, un rôle de conseil et d'information auprès des pouvoirs adjudicateurs du canton. Il organise à ce titre régulièrement des formations destinées au personnel des administrations publiques, en particulier auprès du Centre d'éducation permanente (CEP), édicte des recommandations à l'attention des pouvoirs adjudicateurs (qui sont disponibles sur les pages internet « marchés publics » de l'Etat de Vaud) et répond par écrit à des questions juridiques ponctuelles d'ordre général concernant l'application de la législation sur les marchés publics. Il assure également la diffusion d'actualités en matière de marchés publics sur le site internet de l'Etat de Vaud et publie, depuis 2012, des chroniques périodiques à l'attention des communes pour les sensibiliser sur certains aspects particuliers des marchés publics.

Le CCMP-VD est rattaché au Secrétariat général du Département des infrastructures et des ressources humaines (SG-DIRH). Il réunit des représentants des principaux services adjudicateurs de l'Etat de Vaud particulièrement actifs dans les marchés public et au bénéfice de formations professionnelles variées telles que : des architectes, des ingénieur-e-s, des informaticien-ne-s, des acheteur-se-s et des juristes. Cette réunion de différentes compétences garantit de la sorte au CCMP-VD de pouvoir remplir au mieux ses différentes tâches.

En l'état actuel du droit, l'existence du CCMP-VD et son rôle ne sont pas ancrés dans la législation. On retrouve tout au plus une référence à celui-ci à l'art. 5, al. 2, let. b du règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 d'application dans le Canton de Vaud de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RLVLEg ; BLV 173.63), qui désigne un représentant du CCMP-VD parmi les membres de la commission instituée pour contrôler l'égalité salariale entre femmes et hommes dans les marchés publics et les subventions (CoMPS). La révision du droit vaudois des marchés publics constitue ainsi l'occasion d'ancrer le CCMP-VD dans la loi et d'énumérer formellement ses tâches.

Chapitre IV Dispositions finales

Art. 15 Disposition d'exécution

Cet article contient une liste de délégations de compétences en faveur du Conseil d'Etat qui feront l'objet de dispositions spécifiques dans le règlement d'application de la loi. Il reprend, en tout ou partie, les art. 3 (Délai et réduction des délais pour les marchés non soumis aux accords internationaux), 4 (Publications) et 6 (Exécution) du modèle de loi d'adhésion à l'AIMP 2019 adopté par la Conférence des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP) le 15 novembre 2019.

Art. 16 Disposition transitoire

Cet article reprend le régime de droit transitoire prévu par l'art. 64 AIMP 2019 afin d'assurer une parfaite cohérence entre l'accord intercantonal et la nouvelle loi. Le droit actuel connaît une disposition similaire à l'art. 16 LMP-VD.

Art. 17 Abrogation

Cet article n'appelle pas de commentaire particulier.

Art. 18 Exécution

Cet article n'appelle pas de commentaire particulier.

3. REPONSES DU CONSEIL D'ETAT AUX INTERVENTIONS PARLEMENTAIRES

3.1 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)

Rappel de la motion

Le bois issu des forêts suisses est l'unique matériau de construction entièrement renouvelable. Avec les nouvelles normes incendie et les dernières avancées technologiques, le bois est un matériau moderne qui peut être utilisé dans de larges domaines de la construction. Néanmoins, celui-ci reste encore trop peu utilisé, malgré une matière première en suffisance. En effet, la forêt suisse est toujours fortement sous-exploitée. L'accroissement annuel en bois est de 9 à 10 millions de m³, tandis que l'exploitation annuelle n'atteint en moyenne que 7.1 millions de m³. Sur un hectare de forêt vaudoise, les arbres forment en moyenne 351 m³ de bois, chiffre passablement élevé. Ceci signifie que nos forêts vaudoises ont tendance à être sous-exploitées. En substituant du bois à d'autres matériaux, limités et non renouvelables, on réduit l'émission de gaz carbonique responsable en partie du réchauffement climatique. Rappelons également que lors de constructions soumises aux marchés publics, il existe une certaine marge de manœuvre afin d'exiger la mise en œuvre de bois suisse ou local. Propriétaire de plus de 70% de forêt, le canton et les communes ont la possibilité d'exiger, lors de constructions en bois, l'utilisation de bois issu des forêts vaudoises. En effet, les règles sur les marchés publics permettent au maître d'œuvre qui est propriétaire de forêt d'imposer l'utilisation de son propre bois, ou de l'acquérir par l'intermédiaire d'une association régionale contrôlée par les pouvoirs publics et ainsi demander du bois certifié d'origine bois Suisse (COBS). Dès lors, afin de promouvoir véritablement le recours à ce matériau renouvelable, il est proposé par les soussignés de :

- 1. Compléter l'article 77 de la Loi forestière vaudoise (LVLFo), ceci afin que le bois soit traité sur le même pied d'égalité qu'un autre matériau et que les professionnels du bois puissent amener leurs connaissances lors de concours d'architecture.*
- 2. Modifier la Loi sur les marchés publics (LMP-VD) avec l'insertion d'une mention sur les labels environnementaux comme le COBS.*

1. Complément de l'article 77 de la LVLFo

Art. 77 Promotion de l'économie forestière et du bois

1 Le Conseil d'Etat édicte les dispositions d'exécution nécessaires à la promotion d'une économie forestière durable et à l'encouragement de l'utilisation du bois en tant que matériau de construction écologique et source d'énergie renouvelable.

2 Lors de la planification de bâtiments cantonaux ou subventionnés par l'Etat à raison d'au moins dix pour cent, la construction en bois indigène doit être privilégiée, sous réserve des règles sur les marchés publics.

2bis (nouveau) Le Conseil d'Etat encourage le recours au bois issu des forêts vaudoises dans les constructions concernées par l'alinéa

2. 2ter (nouveau) Les projets de construction concernés par l'alinéa 2 doivent comporter une variante bois présentée dans le cadre d'une étude de faisabilité comparative.

2quater (nouveau) Dans le cadre de concours d'architecture concerné par l'alinéa 2, le jury devra comporter, au minimum, un spécialiste de la construction en bois reconnu.

3 Le Conseil d'Etat encourage également la formation professionnelle et sa promotion dans le domaine de l'économie forestière et du bois.

2. Modifier ou compléter la Loi sur les marchés publics comme la fait récemment le canton de Fribourg avec cette mention à l'article 3b (nouveau) de la loi fribourgeoise sur les marchés publics :

« Le pouvoir adjudicateur peut exiger des labels environnementaux ou des écolabels pour les marchés relatifs à la construction ou rénovation en bois d'un bâtiment propriété de l'Etat ou lorsque l'Etat y participe financièrement. Le Certificat d'origine bois Suisse (COBS) ou l'équivalent sont reconnus à ce titre. »

Et, ou de compléter l'article 16 de la LMP-VD, alinéas 6, avec une mention spéciale pour les constructions en bois avec comme référence première, le Certificat d'origine bois Suisse (COBS).

La motion a été déposée le 15 janvier 2019, signée par son auteur et 80 cosignataires.

Rapport du Conseil d'Etat

1. INTRODUCTION

Le motionnaire souhaite que le Conseil d'Etat examine l'opportunité de modifier la loi forestière vaudoise et la législation cantonale sur les marchés publics. Le premier point de la motion vise une modification de la loi forestière dans le but que le bois soit traité sur un pied d'égalité avec les autres matériaux et que les professionnels du bois puissent amener leurs connaissances lors de concours d'architecture. Cette partie de la motion sera traitée séparément, par le Département de l'environnement et de la sécurité, dans le rapport accompagnant l'exposé des motifs et projet de loi portant modification de la loi forestière.

Au second point de sa motion, le motionnaire souhaite que le Canton de Vaud modifie sa loi sur les marchés publics en y insérant une mention au sujet du label COBS (certificat d'origine bois suisse, dont le nom est devenu entretemps label Bois Suisse). Sa demande s'inspire d'une modification intervenue il y a quelques années dans la législation fribourgeoise. La loi fribourgeoise sur les marchés publics consacre en effet depuis le 1^{er} juillet 2016 la possibilité d'exiger des labels environnementaux ou des écolabels pour les marchés relatifs à la construction ou à la rénovation en bois d'un bâtiment propriété de l'Etat ou lorsque l'Etat y participe financièrement. Cette disposition indique au surplus que le certificat d'origine bois Suisse (COBS) ou son équivalent sont reconnus à ce titre. Comme cela a déjà été rappelé ci-avant dans l'exposé des motifs et projet de loi sur les marchés publics (cf. chapitres 1 et 2), l'entrée en vigueur de l'Accord sur les marchés publics (AMP 2012) pour la Suisse ainsi que l'adoption par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP 2019) mène à une profonde refonte du droit des marchés publics vaudois. La marge de manœuvre du canton dans l'élaboration de son nouveau droit est cependant limitée, celui-ci ne pouvant pas prévoir de dispositions qui se révéleraient contraires à celles de l'AMP 2012 et de l'AIMP 2019.

1.1 Rappel du cadre légal

Avant d'examiner en détail la proposition du motionnaire, il convient de rappeler le contexte législatif particulier dans lequel s'inscrit le traitement de la présente motion. Une révision du droit des marchés publics aux niveaux international, fédéral et intercantonal est en effet intervenue depuis lors et le canton de Vaud entend adhérer au nouvel accord intercantonal (AIMP 2019). De ce fait, tant le nouvel accord international sur les marchés publics (AMP 2012) entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 2021 que le nouvel accord intercantonal (AIMP 2019) adopté à l'unanimité des cantons le 15 novembre 2019 constituent du droit supérieur au droit cantonal. Conformément au principe de légalité et de la hiérarchie des normes (cf. art. 5 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, RS 101), le droit cantonal est tenu au respect du droit supérieur (droit international et droit intercantonal).

En sus des bases légales précitées, il convient de rappeler que la loi fédérale du 6 octobre 2005 sur le marché intérieur (LMI) impose également des exigences en termes de marchés publics. La LMI a pour but de garantir à tout personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 LMI).

En droit des marchés publics, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté dans la définition de l'objet de son marché. Il est en effet le plus à même de savoir les prestations qu'il souhaite acquérir et les critères et/ou spécifications techniques qu'il souhaite appliquer à son marché. Il doit toutefois respecter un certain nombre de principes généraux dont celui de l'interdiction des discriminations. Le principe de non-discrimination vise à garantir que des soumissionnaires ne soient pas écartés ou exclus des procédures de manière arbitraire ou sur la base de critères non admissibles, tels que l'origine du produit, le lieu du siège ou de provenance du soumissionnaire (cf. Annexe D du Guide romand). Le principe de non-discrimination impose à l'adjudicateur d'assurer l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires, cela durant tout le déroulement de la procédure. En particulier, l'adjudicateur doit adopter les mêmes critères – d'aptitude et d'adjudication – pour l'ensemble des concurrents et ces critères ne doivent pas défavoriser, de manière indirecte, les offreurs externes. (Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, p. 163 ss). Le principe de l'interdiction des discriminations en droit des marchés publics trouve directement sa source dans les accords internationaux (art. IV AMP 2012 et art. 6 Accord bilatéral) et est concrétisé à l'article 2, lettre c AIMP 2019. Indépendamment des accords internationaux et de l'adhésion du canton à l'AIMP 2019, le principe de non-discrimination ressort également de la LMI qui prévoit à son article 5 que les droits cantonaux ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à la LMI. De plus, les éventuelles restrictions 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 (art. 3, al. 3 LMI, par renvoi de l'art. 5 LMI). Ainsi,

l'adjudicateur doit adopter, pour l'ensemble des soumissionnaires, les mêmes critères, sans défavoriser les offreurs extérieurs.

Les spécifications techniques permettent de décrire les caractéristiques de l'objet attendu par l'adjudicateur pour son marché, telles que sa fonction, ses performances, sa qualité, sa sécurité, ses dimensions ou les procédés de production et fixent les exigences relatives au marquage ou à l'emballage (on retrouve l'énumération de ces exigences aux articles X AMP 2012, 30 AIMP révisé et 16, al. 3 RLMP-VD). L'AMP 2012 prévoit la définition suivante à son article I let. u : « *l'expression « spécification technique» s'entend d'une prescription de l'appel d'offres qui (i) énonce les caractéristiques des marchandises ou des services devant faire l'objet du marché, y compris la qualité, les performances, la sécurité et les dimensions, ou les procédés et méthodes pour leur production ou fourniture, ou (ii) porte sur la terminologie, les symboles, les prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, tels qu'ils s'appliquent à une marchandise ou à un service.* » La notion de spécifications techniques s'étend ainsi aux procédés et méthodes de production. Il est attendu de l'adjudicateur qu'il définisse les spécifications techniques en termes de performances et d'exigences fonctionnelles plutôt qu'en termes de caractéristiques descriptives ou de conceptions. En effet, les spécifications techniques doivent respecter les principes généraux des marchés publics et notamment l'interdiction des discriminations.

Les spécifications techniques doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires aux marchés et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence internationale. En effet, l'article X paragraphe 1 AMP 2012 prévoit qu'un adjudicateur « *n'établira, n'adoptera ni n'appliquera de spécifications techniques ni ne prescrira de procédures d'évaluation de la conformité ayant pour but ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international* ». Les spécifications techniques doivent ainsi être libellées de manière neutre. Un adjudicateur ne doit pas exiger de marques, de noms commerciaux, de brevets, de droits d'auteurs, de designs, de types, d'origines ou de producteurs particuliers, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que, dans de tels cas, des termes tels que « ou l'équivalent » figurent dans les documents d'appel d'offres (art. X, par. 4 AMP 2012 et art. 30, al. 3 AIMP 2019).

Tant l'Accord international que l'Accord intercantonal précisent que l'adjudicateur peut prévoir des spécifications techniques permettant de préserver les ressources naturelles ou de protéger l'environnement (art. 30, al. 4 AIMP 2019, art. X, par. 6 AMP 2012).

En rapport avec les buts de l'AIMP 2019, le message type de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) précise que (nous soulignons) « *les critères environnementaux et sociaux appliqués doivent toujours avoir un lien objectif avec l'objet du marché. Ils se rapportent au produit ou aux effets qu'on attend de son utilisation. Il est également possible d'exiger un certain mode de production, à condition que celui-ci ait un lien avec l'objet du marché. Le mode de production ne doit pas nécessairement être reconnaissable dans le produit final, mais il doit avoir un effet au moins sur la valeur et le caractère spécifique du produit (par ex. bois issu d'une sylviculture proche de la nature, produits issus d'animaux élevés dans le respect de leurs besoins). La prise en compte d'objectifs non économiques implique cependant le risque que des pratiques protectionnistes touchent le domaine des marchés publics en prenant l'apparence de la poursuite de buts légitimes. Ainsi, des critères écologiques tels que le respect des normes environnementales nationales ou la distance de parcours peuvent être utilisés sciemment pour favoriser les soumissionnaires indigènes. Bien qu'il mentionne des objectifs écologiques, l'AMP 2012 ne tolère pas de telles pratiques. D'où la nécessité, en présence de spécifications techniques ou de critères d'adjudication d'ordre écologique, de se demander systématiquement si ces critères ont un lien objectif avec l'objet du marché. Si ces pratiques ont pour but ou pour effet de restreindre l'accès au marché de soumissionnaires étrangers ou provenant d'une autre région, invoquer le fait qu'un critère tient compte des exigences du développement durable ne servira à rien. C'est là un point à vérifier soigneusement, notamment lorsque des prescriptions concernent le procédé de fabrication alors que ce dernier n'a aucune incidence sur le produit à acheter.* » (Autorité intercantonale pour les marchés publics AIMP, Message type, portant sur la révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics, version 1.2 du 24 septembre 2020 p. 25).

1.2 Les labels environnementaux en relation avec le bois

A titre préliminaire, il convient de relever que le Certificat Origine Bois Suisse (COBS) a changé de nom et s'intitule depuis le 4 juin 2019 « Label Bois Suisse ». Le Conseil d'Etat se réfère ainsi désormais à cette appellation afin de respecter la dénomination en vigueur.

Les labels environnementaux concernant le bois attestent que ce matériau provient d'une exploitation forestière contrôlée et durable. Au niveau international, deux labels se sont largement imposés pour attester du caractère durable du bois : le label PEFC et le label FSC.

Le label PEFC (Programme for the Endorsement of Forest Certification) a pour objectif d'améliorer, sur le plan international, l'exploitation et la protection des forêts. Il permet d'unifier, sur la base des accords définis lors des conférences qui ont suivies les conventions de Rio, le contenu de l'ensemble des systèmes nationaux. Les pays titulaires de ce label peuvent édicter leurs propres directives PEFC en respectant les critères paneuropéens pour un développement durable. L'octroi du label PEFC est surveillé par une institution indépendante. Le label PEFC prouve que le bois et les produits du bois qui en sont dotés sont issus de l'économie forestière durable sur les plans écologique, économique et social¹.

Le Label FSC (Forest Stewardship Council) a été créé par des représentants de l'économie forestière, des associations de protection de l'environnement et des peuples indigènes pour que les forêts du monde entier répondent aux besoins sociaux, écologiques et économiques des générations actuelles sans compromettre ceux des générations futures. Le label FSC peut être apposé par les organes nationaux de certification autorisés sur le bois provenant de forêts indigènes gérées dans le respect de la nature. Les normes à respecter sont formulées sur la base des principes et des critères généraux du FSC pour une gestion des forêts respectueuse de l'environnement et socialement équitable. La définition des normes s'effectue au niveau national et par consensus entre tous les acteurs du secteur de la forêt et du bois².

Le label Bois Suisse garantit l'origine suisse³ du bois à son utilisateur final ainsi que le respect des prescriptions légales, des usages et des standards de la branche. Une part maximale de 20 % de bois étranger est autorisée, à condition que ce dernier provienne de régions bénéficiant de conditions d'exploitation similaires et qu'il possède un label attestant une production durable ou une provenance contrôlée conformément aux directives FSC ou PEFC. Le bois marqué du label Bois Suisse garantit une gestion durable des forêts, un suivi de la qualité tout au long de la chaîne de transformation, le maintien de places de travail régionales et réduit les distances de transport⁴. Ce label émane de Lignum, l'organisation faîtière de l'économie suisse de la forêt et du bois. Selon Lignum, ce label permet de communiquer les valeurs liées à la qualité suisse en lien avec les caractéristiques des produits, les méthodes de production, l'environnement et les conditions cadres générales.

L'exigence de production durable de bois peut ainsi se vérifier avec le label Bois Suisse ou les certifications PEFC ou FSC⁵.

2. EXAMEN DE LA MODIFICATION PROPOSEE

Le motionnaire propose de modifier la loi sur les marchés publics (LMP-VD) avec l'insertion d'une mention sur les labels environnementaux comme le COBS, comme l'a fait en 2016 le Canton de Fribourg avec la mention suivante à l'article 3b (nouveau) de sa loi sur les marchés publics : « *Le pouvoir adjudicateur peut exiger des labels environnementaux ou des ecolabels pour les marchés relatifs à la construction ou rénovation en bois d'un bâtiment propriété de l'Etat ou lorsque l'Etat y participe financièrement. Le Certificat d'origine bois Suisse (COBS) ou l'équivalent sont reconnus à ce titre.* » Il propose alternativement ou cumulativement de compléter l'art 16 de la LMP-VD alinéa 6 avec une mention spéciale pour les constructions en bois avec comme référence première, le Certificat d'Origine bois Suisse (COBS).

¹ D'après les informations contenues sur le site internet <https://pefc.ch/fr/>

² D'après les informations contenues sur le site internet <https://ch.fsc.org>

³ Soit un bois provenant de Suisse ou du Liechtenstein et transformé dans l'un de ces deux pays

⁴ D'après les informations contenues sur le site internet <https://holz-bois-legno.ch>

⁵ KBOB, Recommandation Construction durable en bois, 2020/1, p. 10.

Il y a fort à penser que lorsque le motionnaire demande à compléter l'article 16, alinéa 6 de la LMP-VD, celui-ci se réfère en réalité à l'article 16, alinéa 6 du RLMP-VD, qui concerne les spécifications techniques, et en particulier les écolabels. Cependant, l'article 126, alinéa 1 de la loi sur le Grand Conseil du 8 mai 2007 (LGC ; BLV 171.01) prévoit qu'« *une fois acceptée, la motion est impérative pour le Conseil d'Etat, qui doit présenter un projet de loi ou de décret dans le sens demandé* ». Partant, le Conseil d'Etat répond à la présente motion par un projet de modification de la loi sur les marchés publics.

A titre liminaire, il convient de relever que la législation actuellement applicable en matière de marchés publics dans le canton de Vaud est différente de celle qui prévalait dans le canton de Fribourg avant la modification législative intervenue à la l'article 3b de la loi fribourgeoise sur les marchés publics. En effet, le RLMP-VD mentionne d'ores et déjà, à son article 16, alinéa 6, la possibilité « *d'utiliser des spécifications certifiées par des éco-labels, pour autant qu'elles soient appropriées pour définir les caractéristiques des fournitures ou des prestations faisant l'objet du marché.* » Il est précisé au surplus que « *l'adjudicateur veillera à utiliser, autant que possible, des éco-labels européens et pluri-nationaux* ». Depuis son adoption en 2004, le RLMP-VD rend ainsi possible l'utilisation des écolabels dans les marchés publics vaudois. L'arsenal juridique actuel permet déjà de répondre en grande partie à la volonté du motionnaire. Une telle disposition ne figurait pas dans la législation fribourgeoise au moment du dépôt de la motion visant à imposer le certificat d'origine bois suisse à Fribourg. Au surplus, l'article actuel du règlement vaudois est mieux adapté que l'article fribourgeois dans la mesure où il ne limite pas la liberté des adjudicateurs en énonçant des labels précis. En effet, de nouveaux labels en lien avec le développement durable apparaissent fréquemment sur le marché, et concernent également d'autres domaines que le bois. Le COBS a précisément changé de nom depuis le moment du dépôt de la motion pour devenir le label Bois Suisse, ce qui illustre bien les limites pratiques d'une énumération nominative de labels dans un texte légal.

La proposition du motionnaire pose problème au regard du principe de non-discrimination applicable en droit des marchés publics. En effet un adjudicateur ne devrait pas, en application des engagements internationaux pris par la Suisse, prescrire de spécifications techniques qui exigent une origine déterminée (art. X, par. 4 AMP 2012 et VI, par. 3 AMP 1994). Une telle exigence pourrait alors être contestée lors de la publication de l'appel d'offres, ceci tant par des entreprises étrangères que par des entreprises suisses, ces dernières pouvant également se fournir en bois non labelisé bois suisse ou en bois provenant d'un autre pays que la Suisse. Dans son message du 24 novembre 2015 au Grand Conseil concernant l'introduction dans la loi fribourgeoise sur les marchés publics de l'exigence du label Bois Suisse pour les constructions en bois, le Conseil d'Etat fribourgeois relevait que « *la législation fribourgeoise mais aussi celle de rang supérieur (intercantonale, suisse et internationale) interdit la discrimination des entreprises et de la matière étrangère au projet de soumissionnaires nationaux ou locaux. Les labels liés à l'origine d'un produit sont proscrits et considérés comme des obstacles injustifiés à la concurrence.* » (Message 2015-DAEC-137 du 24 novembre 2015, p. 2). Plus, loin, le Conseil d'Etat rappelle qu'un objectif de soutien à l'industrie locale du bois « *s'inscrit en porte à faux avec les principes de discrimination et d'égalité de traitement découlant des règles sur les marchés publics* ». (Message 2015-DAEC-137 du 24 novembre 2015, p. 3).

Exiger une origine suisse du bois pour un marché met les adjudicateurs en porte-à-faux avec les principes énoncés par le droit international sur les marchés publics alors que d'autres solutions existent – et sont appliquées –, notamment pour construire avec du bois suisse.

En premier lieu, il existe toute une série de marchés dans lesquels un adjudicateur peut favoriser le bois suisse comme matériau de construction. En effet, lorsqu'un marché est soumis à la procédure de gré à gré ou à la procédure sur invitation, l'adjudicateur choisit librement les entreprises auxquelles il souhaite demander une offre. Il lui appartient dès lors de s'approcher d'entreprises dont il sait qu'elles travaillent avec du bois suisse, voire du bois vaudois.

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. L'adjudicateur peut ainsi fournir son propre bois et prescrire dans l'appel d'offres que l'adjudicataire d'un marché de construction devra utiliser le bois mis à sa disposition par l'adjudicateur. Cette manière de procéder a été utilisée récemment pour le projet de construction des trois bâtiments qui constitueront la nouvelle Ecole professionnelle de Vennes (cf. communiqué de presse du 30 mars 2021).

Le pouvoir adjudicateur peut également acquérir le bois qu'il souhaite utiliser pour un marché de construction de manière séparée et le mettre par la suite à disposition de l'adjudicataire du marché de construction. Cette manière d'agir permet, suivant la valeur du bois à acheter, de lancer une procédure de gré à gré ou sur invitation pour l'achat du bois.

Enfin, une définition réfléchie des exigences environnementales d'un projet de construction peut permettre de favoriser implicitement le bois suisse, sans pour autant écarter d'autres provenances. A titre d'exemple, la Direction générale des immeubles et du patrimoine (DGIP) définit ses exigences environnementales en se fondant sur l'article 24 du règlement d'application de la loi vaudoise sur l'énergie (RLVLEne) ainsi que sur une directive du Conseil d'Etat pour l'efficacité énergétique et la durabilité des bâtiments et constructions et ce, depuis de nombreuses années. Les marchés passés sur cette base visent à promouvoir une architecture exemplaire, prônant la qualité grâce aux concours d'architecture, l'anticipation des besoins de la société ainsi que la maîtrise des techniques au service du développement durable. L'accent est mis sur la nécessité de considérer l'ensemble du cycle de vie des bâtiments, en visant l'efficacité énergétique, notamment par l'utilisation d'énergies renouvelables.

Recommandations des acteurs de la branche du bois

Lignum

Les acteurs de la promotion du bois en Suisse veillent à respecter les exigences découlant du droit international dans leurs documents concernant les marchés publics. Plusieurs documents édités par Lignum, la faitière suisse de l'économie de la forêt et du bois, précisent que la législation en matière d'appels d'offres publics interdit de favoriser directement un producteur spécifique, une origine précise ou un lieu géographique déterminé. Dans le guide « Favoriser le bois suisse lors des appels d'offres¹ », ainsi que sur le site internet dédié au label bois suisse², il est indiqué que les spécifications techniques doivent être désignées de façon neutre et ne pas faire référence à un fournisseur en particulier et ne pas exiger d'origines déterminées. L'adjudicateur peut exceptionnellement recourir à une spécification technique faisant mention d'une marque s'il n'existe pas d'autres moyens suffisamment précis ou intelligible de décrire l'objet du marché. Cependant, des termes tels que «ou équivalent» doivent obligatoirement être ajoutés et le cas échéant un produit semblable devra être accepté. De manière plus générale, ce guide met en avant le label Bois Suisse en tant que justificatif d'un bois produit durablement. Dans le document intitulé *Lignum Compact, Le bois suisse dans les appels d'offres*, il est rappelé que dans les marchés soumis à la procédure ouverte ou sélective, l'origine des matériaux ne peut pas être restreinte. S'agissant des spécifications techniques admissibles, seule une exigence de bois produit de manière durable est autorisée. Le Label Bois Suisse peut être mentionné uniquement comme preuve de production durable (p. 6 et 7).

Ces deux documents ainsi que le site internet du label Bois Suisse³ rappellent que de nombreuses alternatives à l'exigence d'un label particulier existent pour favoriser le bois, et parfois le bois suisse, dans les marchés publics. Les solutions évoquées plus haut sont ainsi reprises par Lignum, notamment la mise à disposition de son propre bois par l'adjudicateur, l'exploitation de la marge de manœuvre offerte par les procédures de gré à gré et sur invitation, l'acquisition séparée du bois et l'indication de la volonté de recourir à des matériaux de construction renouvelables, écologiques et recyclables dans les concours et les mandats d'études parallèles.

KBOB (Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics)

Dans ses recommandations en matière de construction durable, la KBOB indique, s'agissant des spécifications techniques, que la preuve de l'utilisation de bois venant de la sylviculture durable peut être apportée par des labels reconnus tels que FSC ou PEFC. Le label Bois Suisse convient également puisque la sylviculture suisse est tenue par la loi de produire de manière durable. D'après la KBOB, pour un marché de construction ne dépassant pas 500 000 francs, il est possible d'exiger directement le label Bois Suisse. Au-delà de ce montant, la KBOB indique que le label Bois Suisse peut être prescrit dans l'appel d'offres en tant que variante. L'adjudication se fait sur la base de l'offre de base. Après l'adjudication, il est possible de choisir la variante si le soumissionnaire continue d'être en tête du classement (KBOB, Construction durable en bois 2020/1, p. 12).

¹https://www.lignum.ch/files/images/Downloads_francais/Technique/Certification/Guide_Favoriser_le_bois_suisse_lors_des_appels_d_offres.pdf

² www.holz-bois-legno.ch

³ <https://www.holz-bois-legno.ch/fr/travailler-le-bois/organisation-bois-suisse/constructions-publiques>

Cette dernière hypothèse a cependant peu d'importance en pratique dans la mesure où une variante en bois suisse a peu de chance d'être plus économique qu'une offre de base sans exigence d'origine du bois. En effet, le marché doit toujours être adjugé à l'offre se trouvant en tête du classement.

Limites de la formulation proposée par le motionnaire

Par ailleurs, la formulation proposée par le motionnaire – qui reprend fidèlement la disposition fribourgeoise – restreint le champ d'application de la règle aux seuls marchés relatifs à la construction ou rénovation en bois d'un bâtiment propriété de l'Etat ou lorsque l'Etat y participe financièrement.

La première limitation concerne les adjudicateurs soumis à cette règle. La disposition fribourgeoise limite son champ d'application aux bâtiments propriétés de l'Etat, c'est-à-dire propriétés du canton. Ainsi, tous les autres pouvoirs adjudicateurs vaudois, et notamment les communes et les associations de communes, ne sont pas concernées par la disposition. La règle mériterait d'être élargie pour s'appliquer non seulement aux marchés organisés par l'Etat de Vaud mais également à tout marché organisé par un adjudicateur vaudois. A noter qu'une règle qui ne vise que l'Etat, comme c'est le cas en l'espèce, pourrait être introduite dans une directive interne, sans qu'une modification légale ne soit nécessaire. Dans un canton comme le canton de Vaud, le poids des marchés publics communaux est particulièrement élevé en raison du grand nombre de communes. En l'état, la motion n'a pas vocation à s'appliquer à un grand nombre de marchés publics.

La seconde limitation concerne le type de construction soumis à la règle. La disposition fribourgeoise se limite aux seuls bâtiments. L'utilisation de la notion d'ouvrage permettrait d'étendre le champ d'application de la règle à d'autres marchés de construction portant par exemple sur des passerelles, des abris bus ou des couverts à vélos. En effet, l'ouvrage en marchés publics désigne tout projet de construction, de rénovation, de transformation ou encore d'entretien, délimité dans le temps et l'espace (cf. la définition de l'annexe X du Guide romand pour les marchés publics). A nouveau, la motion, en prévoyant le terme de « bâtiments » ne vise à s'appliquer qu'à une partie des marchés de construction alors que de nombreux autres ouvrages pourraient être construits en bois.

Pour les différentes raisons citées dans ce chapitre et dans la mesure où il apparaît opportun d'ouvrir le champ d'application de la proposition faite par le motionnaire, le Conseil d'Etat propose, sous point 4, un contre-projet à la motion Pahud.

3. PROJET

Afin de donner suite à la volonté du motionnaire, le Conseil d'Etat propose le projet suivant :

Art.9 (NOUVEAU) Label bois suisse

L'adjudicateur peut exiger des labels environnementaux ou des ecolabels pour les marchés relatifs à la construction ou rénovation en bois d'un bâtiment propriété de l'Etat ou lorsque l'Etat y participe financièrement. Le label Bois Suisse ou l'équivalent sont reconnus à ce titre.

4. CONTRE-PROJET

Le Conseil d'Etat oppose au projet présenté au point 3, le contre-projet suivant :

Art.9 (NOUVEAU) Développement durable

1 L'adjudicateur encourage la prise en considération du développement durable par les soumissionnaires dans ses marchés.

2 Il peut prévoir, à cette fin, des critères correspondants ou des spécifications techniques se fondant sur des labels environnementaux ou sociaux, pour autant que ces critères et spécifications soient appropriés pour définir les caractéristiques des prestations faisant l'objet du marché et n'impliquent pas une restriction excessive de la concurrence.

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.

Le contre-projet a l'avantage d'encourager la prise en compte du développement durable par les soumissionnaires dans les marchés publics de manière globale. La disposition proposée ne se limite pas au sujet du label Bois Suisse mais concrétise les possibilités offertes par les articles 29 et 30 AIMP 2019 concernant le développement durable (alinéas 1 et 2). Le contre-projet donne une visibilité au label Bois Suisse dans la loi, comme le souhaite le motionnaire (alinéa 3), tout en offrant des moyens aux adjudicateurs pour l'ensemble de leurs marchés, et pas uniquement pour les marchés qui concernent la construction ou la rénovation de bâtiments en bois de l'Etat.

La formulation de l'alinéa 3 présente plusieurs avantages notables par rapport au projet du motionnaire.

Premièrement, cette disposition n'entre pas en contradiction avec les engagements internationaux de la Suisse dans la mesure où il est précisé que l'exigence du label Bois Suisse ne peut concerner que les marchés non soumis aux accords internationaux. Cet aspect est fondamental dès lors que le canton de Vaud est tenu au respect du droit supérieur dans sa législation. Cette disposition est également conforme à la LMI puisque l'exigence du label Bois Suisse s'applique de la même manière aux soumissionnaires locaux qu'aux soumissionnaires ayant leur siège hors du canton de Vaud.

Deuxièmement, la disposition proposée concerne tout type d'ouvrages et non seulement les bâtiments. Ainsi, le champ d'application de la règle se voit étendu à d'autres objets par rapport à la proposition du motionnaire. Comme mentionné plus haut, les marchés portant par exemple sur la construction de passerelles ou d'abris bus pourront également prévoir l'exigence du label Bois Suisse. Cette disposition ouvre ainsi le champ des possibles dans les marchés de construction en bois lancés par les adjudicateurs vaudois.

Finalement, l'alinéa 3 s'appliquera à tous les pouvoirs adjudicateurs vaudois, sans distinction. Les marchés du canton mais également des communes et des autres pouvoirs adjudicateurs vaudois seront couverts par le champ d'application de la disposition, ce qui en augmentera la portée pratique. Au vu de l'élargissement du champ d'application de la disposition à tout pouvoir adjudicateur, la proposition du motionnaire concernant les bâtiments subventionnés par l'Etat perd sa raison d'être. En effet, le contre-projet concerne l'ensemble des marchés de construction des pouvoirs adjudicateurs vaudois ouverts au niveau national sans qu'il soit nécessaire de s'intéresser à qui finance, et dans quelle mesure, le projet en question. L'abandon de la question du financement des projets de construction ou de rénovation simplifiera l'application de la disposition en pratique. En effet, la proposition du motionnaire relative au subventionnement apparaît problématique dans la mesure où n'importe quelle subvention allouée par le Canton pourrait entraîner l'application de la règle sans qu'il ne soit opéré de distinction relative à la part que représente la subvention en question dans le projet.

5. CONCLUSION

Pour ces différentes raisons, le Conseil d'Etat propose d'adopter le contre-projet qui, tout en respectant le droit supérieur, donne suite à la volonté du motionnaire.

3.2 Motion Georges Zünd et consorts – Travailler à livre ouvert pour plus de transparence et moins de surcoûts dans les marchés publics (19_MOT_120)

Rappel de la motion

Comme je l'ai relevé dans le cadre de l'interpellation déposée devant le Grand Conseil le 12 mars 2019, les pouvoirs adjudicateurs du canton, en particulier ce dernier et ses départements, mais aussi parfois des communes, adjugent fréquemment des marchés ou des lots à des entreprises générales ou totales, ce qui permet certes à l'adjudicateur d'économiser du travail, mais peut causer des problèmes dans le choix des sous-traitants, étant également rappelé que, trop souvent encore, les marchés sont attribués non pas au soumissionnaire le mieux-disant (c'est-à-dire présentant le meilleur rapport qualité-prix), mais au moins-disant (à savoir le moins cher), ce qui incite ce dernier à recourir à des sous-traitants dont les prix sont très inférieurs à ceux du marché suisse, parce que, le plus souvent, ils ont leur siège dans un pays où le niveau de vie (fournitures, salaires, etc.), mais aussi celui de la qualité de la formation professionnelle et ses mesures de sécurité, sont très en deçà des standards suisses. Mais il y a plus : pour limiter leurs coûts et améliorer leur marge, ces sous-traitants recourent eux-mêmes à d'autres sous-traitants (sous-sous-traitants) et ainsi de suite. Il arrive ainsi souvent qu'ils ne respectent pas les conditions minimales de salaire et de travail, les normes de sécurité, les règles de l'art et les standards de qualité suisses. Pire encore, la sous-traitance en cascade entraîne une confusion dans les divers intervenants et ainsi une perte, parfois totale, de contrôle sur ces derniers de l'adjudicateur ou de l'adjudicataire. Les conséquences en sont invariablement les mêmes : retards dans l'exécution des travaux, défauts et surcoûts, ceci sans parler de l'impossibilité parfois d'attirer les sous-traitants défaillants devant une juridiction en Suisse. Pour parer à ces problèmes, certains adjudicateurs, dont des communes, recourent à la méthode dite du « contrat à livre ouvert » qui permet d'avoir un regard tant sur les choix des matériaux de finition, sur le fonctionnement optimal des ouvrages que sur le choix des bureaux et entreprises sous-traitantes. Dans ce cadre, l'adjudicateur peut proposer une liste d'entreprises pour les travaux en sous-traitance de l'entreprise totale ou générale en se réservant un droit de refus d'entreprise qui, par exemple, ne paieraient pas leurs charges sociales ou ne respecteraient pas la convention collective applicable dans son domaine d'activité. Cette pratique, en vigueur depuis plusieurs années déjà, a fait-ses preuves, mais elle ne repose sur aucune règle spécifique, bien qu'elle n'ait pas été remise en cause par la jurisprudence. Il se justifie dès lors de lui donner un ancrage dans la loi, raison pour laquelle les auteurs de la présente motion prie le Conseil d'Etat d'adopter les dispositions utiles, soit directement dans la loi 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD), soit dans son règlement d'application du 7 juillet 2004 (RLMP-VD), étant précisé que l'art. 8 al. 2 let. j LMP-VD paraît constituer une base légale suffisante. Dans ce cadre, une phrase pourrait être insérée après la première phrase de l'alinéa premier de l'art. 44 RLMP-VD et avoir la teneur suivante: «En outre, les adjudicateurs peuvent soumettre aux soumissionnaires une liste d'entreprises pour les travaux en sous-traitance ou se réserver un droit de refus à l'égard de celles qui ne respecteraient pas le cadre légal et réglementaire, ne paieraient pas leurs charges sociales ou ne respecteraient pas la convention collective applicable dans leur domaine d'activité. ». Un alinéa 4 pourrait également être ajouté et aurait la teneur suivante : « Les adjudicateurs peuvent se réserver de contrôler et valider notamment les prix des fournitures, les conditions contractuelles, les matériaux et les méthodes ou les techniques proposés par les sous-traitants. ».

Rapport du Conseil d'Etat

1. INTRODUCTION

A titre liminaire, il convient de rappeler qu'en application de l'accord intercantonal sur les marchés publics et de la législation vaudoise en vigueur (cf. art. 13, al. 1, let. f AIMP ; art. 6, al. 1 let. f^{ter} LMP-VD et art. 37, al. 1 RLMP-VD), tout marché public est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, soit à l'offre présentant le meilleur rapport prix-prestation. Hormis pour les biens largement standardisés, un pouvoir adjudicateur ne peut en conséquence se fonder sur le seul critère du prix pour adjudger un marché (cf. art. 8, al. 2, let. f LMP-VD et 37, al. 5 RLMP-VD). Ainsi, l'adjudication d'un marché est toujours rendue en faveur de l'offre qui remporte le plus de points sur l'ensemble des critères évalués, de sorte que ce ne sont pas systématiquement les entreprises qui présentent les offres les moins chères qui remportent les marchés.

L'allégation du motionnaire, selon laquelle les soumissionnaires les moins-disant remporteraient la majorité des marchés, et à partir de laquelle il déduit notamment l'utilité de ses propositions réglementaires, est par conséquent erronée.

En substance, le motionnaire voit, dans l'usage du contrat dit « à livre ouvert », le moyen de lutter efficacement contre de nombreuses dérives qu'il attribue à la pratique intensive de la sous-traitance, voire de la sous-traitance en cascade, et contre un manque de transparence des prix pratiqués lors de l'exécution de marchés de construction.

Afin de formaliser la promotion de cette pratique, le motionnaire souhaite que le Conseil d'Etat apporte les deux modifications suivantes à l'actuel RLMP-VD :

- A) L'ajout, à la fin de l'article 44, alinéa 1 RLMP-VD, des considérations suivantes : « *En outre, les adjudicateurs peuvent soumettre aux soumissionnaires une liste d'entreprises pour les travaux en sous-traitance ou se réserver un droit de refus à l'égard de celles qui ne respecteraient pas le cadre légal et réglementaire, ne paieraient pas leurs charges sociales ou ne respecteraient pas la convention collective applicable dans leur domaine d'activité* ».
- B) L'ajout d'un alinéa 4 à cette disposition qui aurait la teneur suivante : « *Les adjudicateurs peuvent se réserver de contrôler et valider notamment les prix des fournitures, les conditions contractuelles, les matériaux et les méthodes ou les techniques proposés (sic) par les sous-traitants* ».

Après avoir rappelé ce que la notion de contrat dit « à livre ouvert » recouvre réellement, le Conseil d'Etat analysera la portée des modifications réglementaires proposées, notamment à l'aune du nouvel accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP 2019) et du projet de loi sur les marchés publics (P-LMP-VD)

2. EXAMEN DES MODIFICATIONS PROPOSEES PAR LE MOTIONNAIRE

La méthode de travail dite « à livre ouvert » définit un mode de rémunération qui se rencontre essentiellement dans les contrats d'entreprise générale ou totale.

Cette pratique fonde la rémunération finale de l'entrepreneur sur les prix effectivement offerts par ses sous-traitants pour l'exécution du chantier, augmentés de sa marge bénéficiaire. Le Maître de l'ouvrage ayant accès à ces informations, il bénéficie ainsi d'une transparence accrue sur le prix final de l'ouvrage dont il devra s'acquitter.

Cette méthode de travail présente souvent l'avantage de faire bénéficier le Maître d'ouvrage et l'entrepreneur d'une économie partagée résultant de la répartition de l'éventuel différentiel séparant le prix plafond convenu du coût final de l'ouvrage. Elle a par contre pour principal désavantage d'imposer un travail de vérification comptable pointu et chronophage. Par ailleurs, cette méthode ne modifie en rien l'identité des parties au contrat d'entreprise qui demeurent toujours, sauf convention contraire, le Maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal, à l'exclusion de ses sous-traitants. Le décompte « à livre ouvert » ne permet ainsi généralement pas au Maître de l'ouvrage de rémunérer directement les sous-traitants de l'entrepreneur. Enfin et toujours en raison de l'absence de lien juridique unissant le Maître de l'ouvrage aux sous-traitants intervenant sur un chantier, le lieu du siège de ces derniers est sans pertinence dans l'hypothèse où l'entrepreneur serait recherché en raison d'un défaut entachant l'ouvrage.

Les explications qui précèdent conduisent en premier lieu le Conseil d'Etat à constater qu'il n'y a pas de corrélation entre l'usage de la méthode « à livre ouvert », qui paraît certes opportune selon le type de contrat de construction conclu, et les buts assignés aux modifications réglementaires proposées.

En second lieu, il observe que l'AIMP 2019 et les nouveaux projets législatifs cantonaux (P-LMP-VD et P-RLPM-VD) qui en découlent permettent déjà de répondre efficacement aux inquiétudes du motionnaire.

Cela étant dit, le Conseil d'Etat se détermine plus amplement et comme suit sur les modifications réglementaires proposées.

2.1 Proposition réglementaire visée sous lettre A)

Le premier objectif du motionnaire serait de permettre à l'adjudicateur de proposer aux soumissionnaires des sous-traitants qu'il aurait lui-même désignés. L'octroi d'une telle prérogative pourrait ainsi lui permettre, au fond, d'adjuger directement les travaux auxdits sous-traitants, au mépris des contraintes liées aux marchés publics potentiellement applicables au cas d'espèce. Par ailleurs, la jurisprudence relative à l'article 369 du Code des obligations (ATF 116 II 305, JT 1991 I 173) retient que la désignation d'un sous-traitant s'apparente à un fait du Maître d'ouvrage. Ainsi et dans l'hypothèse où un défaut de l'ouvrage serait causé par un sous-traitant imposé par le Maître d'ouvrage, ce dernier ne pourra pas se retourner valablement contre l'entrepreneur pour faire valoir ses droits à la garantie des défauts.

La méthode « du livre ouvert » ne permet ainsi pas au Maître de l'ouvrage d'imposer des sous-traitants à l'entrepreneur, démarche qui serait par ailleurs susceptible de rencontrer les écueils précités.

Le second objectif serait d'octroyer à l'adjudicateur le droit de refuser un sous-traitant qui n'aurait pas démontré son intégrité sociale. Le Conseil d'Etat rappelle à cet égard que le droit en vigueur permet déjà d'atteindre efficacement ce but. En effet, la législation actuelle (cf. art. 6, al. 1 RLMP-VD) impose tout d'abord aux soumissionnaires d'indiquer dans leur offre le type, l'objet et l'importance des travaux ou services qui seront sous-traités, le nom et le siège de tous les participants à l'exécution du marché ainsi que la preuve de l'aptitude de tous les participants à l'exécution du marché.

Le soumissionnaire doit également garantir par contrat que ses sous-traitants respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et de salaire et à l'égalité de traitement entre hommes et femmes (cf. art. 6, al. 2, let. a RLMP-VD) ainsi que d'autres exigences, telles que le paiement régulier des charges sociales et des impôts (cf. art. 6, al. 2, let. b RLMP-VD). A défaut, l'adjudicateur peut le sanctionner par un avertissement, par l'exclusion de son offre ou par la révocation de l'adjudication, tandis que l'autorité de surveillance peut notamment prononcer à son encontre une amende allant jusqu'à 10% du prix final de son offre et/ou l'exclusion de tout nouveau marché pour une durée maximale de 5 ans (cf. art. 6, al. 5 RLMP-VD et art. 14a, al. 1 et 2 LMP-VD).

Quant à l'adjudicateur lui-même, il est tenu d'inclure des peines conventionnelles dans le contrat qu'il conclut avec l'adjudicataire pour assurer le respect des obligations du soumissionnaire et de ses sous-traitants (cf. art. 6, al. 6 RLMP-VD). En outre, un pouvoir adjudicateur qui constaterait qu'un sous-traitant proposé par le soumissionnaire dans son offre ne respecte pas ses obligations doit refuser le sous-traitant en question. La jurisprudence rendue à ce sujet permet en outre d'exclure de la procédure des marchés publics un soumissionnaire qui persisterait à recourir à un sous-traitant non conforme (Arrêt de la CDAP MPU.2011.0005 du 2 septembre 2011).

Le contexte législatif actuel renforce encore la prise en compte des préoccupations du motionnaire.

En effet, l'Accord international révisé sur les marchés publics (AMP 2012), entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 2021, a notamment conduit à l'élaboration de l'AIMP 2019, adopté à l'unanimité des cantons le 15 novembre 2019.

Entre autres avantages, l'AIMP 2019 formalise la prééminence du critère qualitatif, en le rendant obligatoire au même titre que le critère du prix (cf. art. 29, al. 1, 30, al. 1 et 41 AIMP 2019), et renforce la lutte contre les dérives de la sous-traitance et du travail au noir. En effet, il prévoit de nouvelles sanctions et mesures pour lutter contre les soumissionnaires et les sous-traitants qui occupent du personnel non conforme, de même que la publicité de ces soumissionnaires et sous-traitants en situation de non-conformité. Les articles 44 et 45 AIMP 2019 prévoient ainsi la possibilité, pour un pouvoir adjudicateur, d'exclure un soumissionnaire ou un sous-traitant de la procédure, de le radier d'une liste ou de révoquer une adjudication et, pour l'autorité de surveillance, de prononcer un avertissement, d'infliger une amende pouvant aller jusqu'à 10% du prix de l'offre déposée ou d'exclure pour une durée maximale de 5 ans des futurs marchés publics le soumissionnaire ou le sous-traitant non conforme.

Ainsi, l'adhésion du canton de Vaud à l'AIMP 2019 permet de renforcer les moyens d'actions à l'encontre des entreprises dont l'intégrité sociale ne serait pas démontrée. Pour preuve, les articles 12 et 26 AIMP 2019 énoncent les conditions de participation qui doivent impérativement être satisfaites par les soumissionnaires et leurs sous-traitants et rappellent l'obligation pour l'adjudicateur de s'en assurer.

Enfin, dans le cadre de la marge de manœuvre résiduelle réservée par l'article 63 alinéa 4 AIMP 2019, le projet de loi sur les marchés publics (P-LMP-VD) et celui du règlement d'application de la loi sur les marchés publics (P-RLMP-VD) complètent avantageusement les moyens déployés par l'AIMP 2019, en assurant la conformité des conditions de travail du personnel employé sur les chantiers de construction (cf. art. 8 P-LMP-VD), en reconduisant le système de peines conventionnelles à l'encontre du soumissionnaire retenu (cf. art. 7 P-LMP-VD) ou encore en jugulant très étroitement le recours à la sous-traitance (cf. art. 5, al. 3 et al. 4 P-LMP-VD).

Au vu des explications qui précèdent et dès lors que tant l'AIMP 2019 que les projets législatifs (P-LMP-VD et le P-RLMP-VD) permettent déjà de satisfaire les propositions du motionnaire, le Conseil d'Etat est d'avis que cette première modification n'apparaît pas nécessaire.

2.2 Proposition réglementaire visée sous lettre B)

Pour le motionnaire, l'usage de la méthode « du livre ouvert » permettrait à l'adjudicateur de contrôler les prix des fournitures prévues, les conditions contractuelles, les matériaux et les méthodes proposées par les sous-traitants pour réaliser son ouvrage.

Le Conseil d'Etat ne partage pas cet avis. En effet, si cette méthode présente bien certains avantages, elle ne permet pas à l'adjudicateur, contrairement à ce que laisse supposer le motionnaire, d'imposer tel ou tel matériau ou fourniture, ou encore de prescrire à un sous-traitant l'usage d'une méthode de travail particulière.

Aussi le Conseil d'Etat estime-t-il que l'adjudicateur gagnerait à recourir à d'autres instruments ou à prêter une attention accrue sur d'autres aspects pour maîtriser ces paramètres.

En effet, c'est en précisant, dans ses documents d'appel d'offres et plus particulièrement dans ses séries de prix, le type de matériaux ou de finitions souhaité que l'adjudicateur maîtrisera ces éléments et le prix y afférent. A défaut, toute précision sur ces aspects au cours de l'exécution des travaux sera vraisemblablement de nature à engendrer des modifications de commande. Dans ce cas de figure, le recours à la méthode « du livre ouvert » permettrait uniquement à l'adjudicateur de connaître la construction du prix de ces modifications de commande mais ne saurait suffire à les éviter.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat estime que c'est en utilisant d'autres concepts ou instruments intimement liés au contrat de construction (planification adéquate et suffisante des vérifications, garanties financières ad hoc) que le Maître d'ouvrage contraindra l'entrepreneur à réaliser un ouvrage conforme à ses attentes plutôt qu'en recourant à la méthode « du livre ouvert », dont l'objectif principal est d'accroître la transparence du coût final de l'ouvrage.

En outre, si le Maître d'ouvrage souhaite contrôler ou valider les méthodes et techniques d'exécution proposées par les sous-traitants, il serait bien inspiré de fixer, dans ses appels d'offres, des critères d'aptitude ou d'évaluation propres à les évaluer. En effet, toute intervention à ce niveau en cours de chantier serait également de nature à favoriser des revendications de la part de l'entrepreneur, à l'encontre desquelles la méthode « du livre ouvert » n'apporterait qu'un surcroît de transparence sur les prix figurant dans les offres complémentaires y relatives.

Enfin et de manière plus globale, le Conseil d'Etat remarque que les retards, les défauts et les plus-values financières que le motionnaire attribue à la pratique de la sous-traitance voire de la sous-traitance en cascade, ne sont pas des écueils spécifiques aux modes constructifs mis en cause (réalisation de travaux par une entreprise générale ou par une entreprise totale) dans la mesure où ils peuvent également affecter un ouvrage réalisé de manière traditionnelle.

Les explications qui précèdent conduisent ainsi le Conseil d'Etat à également écarter cette seconde proposition réglementaire.

3. CONCLUSION

Au vu des explications qui précèdent, le Conseil d'Etat constate que le droit cantonal actuellement en vigueur, et plus encore l'AIMP 2019 et les projets législatifs précités, permettent d'ores et déjà de répondre adéquatement aux préoccupations du motionnaire. Par conséquent, le Conseil d'Etat n'estime pas opportun de donner suite aux propositions réglementaires qu'il formule.

Cela étant dit, la méthode du « livre ouvert » peut, comme nous l'avons vu, présenter des avantages pour le Maître de l'ouvrage suivant le mode constructif retenu. Elle permet en effet de renforcer la transparence du prix de l'ouvrage et, potentiellement, de réaliser une économie sur celui-ci.

Par conséquent, le Conseil d'Etat prévoira la possibilité de recourir à la méthode du « livre ouvert » dans le projet de règlement d'application de la loi sur les marchés publics (P-RLMP-VD) en raison de la densité normative qu'une telle disposition revêt.

3.3 Postulat Laurence Cretegy et consorts – Mandats externes hors de nos frontières, y a-t-il pénurie dans notre Canton et en Suisse ? (19_POS_119)

Rappel du postulat

Depuis plusieurs années, les marchandises pour la réfection de nos routes sont acheminées par des camions...français. - Au mois de juin 2018, plus d'un ont été surpris de ce faire arrêter par des enquêteurs...français sur sol vaudois, mandatés pour un sondage concernant les déplacements des automobilistes. Février 2019, des agriculteurs sont interpellés par une entreprise...française, mandatée par l'administration du Canton afin d'accompagner celui-ci dans la mise en place d'une opération pilote pour les produits du terroir dans la restauration collective. En ces temps où la préservation de notre climat fait les grands titres des journaux, que le Parlement demande à tout va que le Conseil d'Etat s'engage pour le climat ! Il nous paraîtrait normal d'engager des entreprises qui sont établies dans notre Canton, tout au moins dans notre Pays ! Ces trois exemples ne sont-ils que la pointe d'un iceberg ? C'est donc dans ce contexte que les députés soussignés demandent au Conseil d'Etat qu'une étude soit menée en vue d'établir le bilan du nombre de mandats qui sont accordés à des entreprises hors de nos frontières et si ces mandats ne trouvent « vraiment » pas le pendant dans notre Canton voir dans notre pays et de bien vouloir nous en faire rapport.

Le postulat a été déposé le 5 mars 2019, signé par son auteure et 37 cosignataires.

Rapport du Conseil d'Etat

1. INTRODUCTION

Le postulat évoque trois situations dans lesquelles des entreprises étrangères, principalement françaises, seraient intervenues dans l'exécution de marchés attribués par le Canton. Après avoir rappelé le cadre légal régissant le domaine des marchés publics, le Conseil d'Etat reviendra sur chacun de ces trois marchés. Il présentera ensuite, sur la base de statistiques, la proportion de marchés effectivement attribués à des entreprises étrangères par les différents services adjudicateurs du Canton.

1.1 Rappel du cadre légal

Comme le relève elle-même la postulante dans le développement de son postulat, il existe en effet des règles à respecter. Une révision du droit des marchés publics aux niveaux international, fédéral et intercantonal est intervenue depuis le dépôt du postulat et le canton de Vaud entend adhérer au nouvel accord intercantonal (AIMP 2019) (cf. chapitres 1 et 2 de l'exposé des motifs et projet de loi sur les marchés publics). De ce fait, tant le nouvel accord international sur les marchés publics (AMP 2012) entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 2021 que le nouvel accord intercantonal (AIMP 2019) adopté à l'unanimité des cantons le 15 novembre 2019 constituent du droit supérieur au droit cantonal. La marge de manœuvre du canton dans la révision de son droit (LMP-VD, RLMP-VD) en vue de l'adhésion au nouvel accord intercantonal est donc limitée, celui-ci ne pouvant pas prévoir de dispositions qui se révéleraient contraires à celles de l'AMP 2012 et de l'AIMP 2019.

En sus des différentes bases légales évoquées, il convient encore de rappeler que la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI) impose également des exigences en matière de marchés publics. L'article 95, alinéa 2 de la Constitution fédérale charge la Confédération de veiller à créer un espace économique suisse unique. Ce mandat constitutionnel découle du principe de la liberté économique et est donc directement lié à un droit fondamental. Dans le domaine des marchés publics, certains soumissionnaires sont susceptibles d'être privilégiés par rapport à d'autres en raison de leur lieu d'établissement, de l'existence de relations personnes ou contractuelles avec l'adjudicateur ou encore d'autres facteurs, ce qui serait contraire au libre accès au marché intérieur. C'est la raison pour laquelle la LMI, qui a pour but de garantir à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 LMI), impose plusieurs obligations aux cantons, aux communes et aux organes assumant des tâches cantonales ou communales concernant l'ouverture de leurs marchés à la concurrence sur le plan national aux articles 5 et 3 LMI :

Art. 5, al. 1 LMI

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.

Art. 3 LMI

1 La liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles :

- a. s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux ;*
- b. sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants ;*
- c. répondent au principe de la proportionnalité.*

2 Les restrictions ne répondent pas au principe de la proportionnalité lorsque :

- a. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance ;*
- b. les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants ;*
- c. le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative ;*
- d. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance.*

3 Les restrictions visées à l'al. 1 ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux.

4 Les décisions relatives aux restrictions doivent faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite.

Selon la doctrine : « Tout type d'exclusion ou de préférence en fonction du lieu de domicile ou d'établissement est exclu (cf. art. 3 al. 2 let. c LMI). Un pouvoir adjudicateur cantonal ne peut donc pas poser comme critère d'aptitude celui du domicile ou de l'établissement dans le canton, ni de l'inscription dans le registre du commerce cantonal, ni, a fortiori, celui d'un tel domicile durant plusieurs années. Il est en outre exclu de tenir compte au titre des critères d'adjudication de l'emplacement géographique ou de l'origine des candidats, à moins que des motifs impératifs ne le justifient, par exemple lorsqu'une connaissance des lieux s'avérerait indispensable pour le marché en cause. Un pouvoir adjudicateur ne peut enfin pas limiter l'accès à un marché aux soumissionnaires provenant d'une région particulière de son canton, par exemple en raison d'un retard dans le développement économique ou d'un fort taux de chômage régional. Même si une telle préférence pénalise aussi les soumissionnaires du canton en cause non établis dans la région, il n'en demeure pas moins qu'elle défavorise tous les soumissionnaires extérieurs au canton et qu'elle favorise uniquement des soumissionnaires cantonaux » (EVELYNE CLERC, in : Commentaire romand Droit de la concurrence, 2^{ème} éd., N 120 ss ad art. 5 LMI). « Pour les marchés cantonaux et communaux, le principe de non-discrimination découle sans réserve de l'art. 5 al. 1 LMI. Les concurrents admis à participer à un marché donné doivent être traités de manière non discriminatoire. Concrètement, cela implique que le pouvoir adjudicateur doit adopter les mêmes critères (d'aptitude et d'adjudication) pour l'ensemble des concurrents et ces critères ne doivent pas défavoriser, de manière indirecte, les offreurs externes » (ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, Berne 2014, p. 164).

Enfin, selon l'article 8 LMI, la COMCO veille à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les organes assumant des tâches publiques respectent la LMI. L'article 9, alinéa 2bis LMI lui confère la qualité pour recourir afin de faire constater qu'une décision (par exemple un appel d'offres ou une décision d'adjudication) restreint indûment l'accès au marché.

1.1.1 Seuils internationaux applicables

En vertu des engagements internationaux contractés par la Suisse en matière de marchés publics, la Confédération, les cantons, les communes ainsi que d'autres pouvoirs adjudicateurs (organes assumant des tâches cantonales ou communales, entreprises au bénéfice de monopole ou de concession, établissement de droit public, etc.) sont tenus d'ouvrir leurs marchés publics à la concurrence internationale lorsqu'ils dépassent les seuils internationaux. Pour les marchés de services et de fournitures des cantons et des communes, cette concurrence internationale est applicable à compter de 350'000 francs hors taxe (sans TVA) et à compter d'une valeur totale de l'ouvrage de 8,7 mio pour les marchés de construction. Une liste exhaustive des services soumis à cette concurrence internationale est énoncée dans l'Appendice I, annexe 5 de l'accord international révisé (AMP 2012). La Confédération connaît des seuils internationaux plus bas énoncés à l'annexe 4 de la LMP. Ces seuils internationaux s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs de la Confédération, des cantons et des communes de sorte qu'ils ne bénéficient d'aucune marge de manœuvre pour y déroger sauf à violer la législation. Lorsque la valeur d'un marché soumis aux accords internationaux dépasse les seuils internationaux et que ce marché est ouvert à la concurrence internationale, il n'est tout simplement pas possible d'empêcher la participation d'entreprises étrangères à ce marché. Une telle restriction porterait atteinte à l'essence même des accords internationaux et, en particulier, aux principes de concurrence efficace, d'égalité de traitement entre soumissionnaires et d'interdiction des discriminations consacrés dans ces accords.

2. DETERMINATION SUR LES TROIS SITUATIONS EVOQUEES DANS LE POSTULAT

Le postulat se réfère à trois situations dans lesquelles des entreprises étrangères, principalement françaises, seraient intervenues dans l'exécution de marchés attribués par le Canton, soit parce qu'elles étaient l'adjudicataire de ce marché, soit parce qu'elles y prenaient part en qualité de sous-traitant :

- des camions français pour l'acheminement des fournitures nécessaires à la réfection des routes ;
- des enquêteurs français mandatés afin de récolter des informations sur le trafic routier (objet déjà traité dans le cadre de la réponse du Conseil d'Etat du 29 août 2018 à l'interpellation Laurence Cretegy et consorts – Enquêtes de circulation, enquête française sur sol vaudois, en quête de bon sens ? (18_INT_192) ;
- une entreprise française mandatée pour une opération pilote pour les produits du terroir dans la restauration collective (objet déjà traité dans le cadre de la réponse du Conseil d'Etat du 5 juin 2019 à l'interpellation Laurence Cretegy et consorts - Pour la mise en valeur des produits du terroir, les ressources françaises sont-elles bio ? (19_INT_309).

2.1 Camions français

Les marchés de travaux portant sur la réfection de route sont, dans la très grande majorité des cas, attribués à des soumissionnaires suisses et non à des soumissionnaires étrangers. Pour l'exécution du marché, certains soumissionnaires vont recourir à des transporteurs étrangers pour acheminer la fourniture nécessaire à la réalisation du marché de travaux. Ce ne sont pas des marchés de transport qui sont attribués à des entreprises étrangères par le canton mais bien des marchés de travaux attribués à des entreprises suisses qui se fournissent parfois à l'étranger.

En vertu de la garantie constitutionnelle de la liberté économique inscrite dans la Constitution fédérale (art. 27 Cst.) et du principe de l'interdiction des discriminations applicable en droit des marchés publics, il n'est pas admissible d'imposer à un soumissionnaire de se fournir exclusivement auprès de transporteurs, de sous-traitants ou de fournisseurs suisses, a fortiori lorsque le marché de travaux en question atteint les seuils internationaux et se trouve dès lors soumis à une concurrence étrangère. Une telle exigence pourrait être contestée lors de la publication de l'appel d'offres dudit marché tant par des entreprises étrangères que par des entreprises suisses, ces dernières étant également susceptibles de solliciter des transporteurs, des sous-traitants ou des fournisseurs étrangers conformément à la garantie constitutionnelle précitée.

2.2 Enquêteurs français mandatés afin de récolter des informations sur le trafic routier

Ces enquêteurs français ont été mandatés à la suite d'un marché de services ouvert à la concurrence internationale organisé conjointement par le Canton de Genève, l'Etat français (Direction départementale des territoires), les Départements de l'Ain et de la Haute-Savoie ainsi que la Région Auvergne-Rhône-Alpes. Ce marché n'était donc pas organisé par le canton de Vaud contrairement à ce que laisse penser le texte du postulat.

Comme déjà évoqué, la participation d'une entreprise française à un marché ouvert à l'international ne peut être empêchée. Il ressort au demeurant de la réponse du Conseil d'Etat du 29 août 2018 à l'interpellation Laurence Cretegnny et consorts – Enquêtes de circulation, enquête française sur sol vaudois, en quête de bon sens ? (18_INT_192) que seules deux entreprises françaises avaient déposé une offre dans le cadre de ce marché. Aucune entreprise suisse ne s'y est dès lors intéressée et le marché n'a, de la sorte, pas été adjugé au détriment d'entreprises suisses ou vaudoises.

2.3 Entreprise étrangère mandatée pour une opération pilote pour les produits du terroir dans la restauration collective

La Direction de l'agriculture, de la viticulture et des améliorations foncières (DAGRI) devenue la Direction générale de l'agriculture, de la viticulture et des affaires vétérinaires (DGAV) dans l'intervalle a effectivement attribué un mandat de gré à gré (soit un marché de moins de 150'000 francs) à une entreprise étrangère !

Dans sa réponse du 5 juin 2019 à l'interpellation déposée par la postulante sur ce même objet (19_INT_309), le Conseil d'Etat a précisé que l'entité adjudicatrice a cherché, dans le cas d'espèce, une entreprise de conseil en matière de restauration collective pouvant se prévaloir d'une expérience de mise en œuvre concrète de système d'approvisionnement au niveau d'une région et qu'une telle entreprise n'existait pas en Suisse romande au moment de l'attribution du mandat.

Enfin, pour les marchés de moindre importance organisés en procédure sur invitation ou de gré à gré, les adjudicateurs favorisent, dans la très grande majorité des cas, le tissu économique local et n'ont, a priori, pas de raison d'inviter des entreprises étrangères. Ce n'est que dans les rares hypothèses où, pour des prestations de faible ampleur, aucune entreprise locale n'entrerait en ligne de compte, comme ce fut le cas pour le mandat attribué par la DGAV, que les services d'une entreprise étrangère pourraient être exceptionnellement requis.

3. STATISTIQUES DES MARCHES INTERNATIONAUX

Une statistique cantonale des marchés publics publiés attribués par les services adjudicateurs de l'Etat a pu être établie pour les années 2016 à 2020 conformément à la volonté exprimée par la postulante en séance de commission.

Cette statistique se fonde sur les seuls marchés publiés sur la plateforme *simap.ch* qui constitue, à titre de rappel, l'organe officiel de publication des marchés publics dans le canton de Vaud depuis 2012¹. Cette statistique ne concerne ainsi que les 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).

Pour rappel, les marchés de services et de fournitures doivent faire l'objet d'une procédure ouverte ou sélective dès 250'000 francs (HT) au niveau national et au niveau international dès 350'000 francs (HT). Au niveau national, les marchés de travaux de second œuvre doivent faire l'objet d'une procédure ouverte ou sélective dès 250'000 francs (HT) et les marchés de travaux de gros œuvre dès 500'000 francs (HT). Les marchés de travaux sont soumis à la concurrence étrangère lorsque la valeur totale de l'ouvrage à réaliser dépasse 8,7 mio de francs (HT).

Comme nous allons le voir, 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.

La statistique effectuée pour chacune des années figure en annexe du présent rapport. Celle-ci indique la part totale de marchés adjugés par le Canton pour chaque année en précisant la proportion de marchés soumis aux accords internationaux et non soumis aux accords internationaux dans cette part totale. Elle fournit des indications basées, d'une part, sur le nombre de marchés attribués et, d'autre part, la valeur de ces derniers. Enfin, la statistique identifie les marchés attribués à des adjudicataires suisses et ceux attribués à des adjudicataires étrangers.

Les deux tableaux ci-après présentent de manière synthétique le résultat de la statistique effectuée pour les années 2016 à 2020 :

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*

Sur la base de ces résultats statistiques, le Conseil d'Etat ne peut logiquement pas suivre la postulante lorsqu'elle prétend dans le développement de son postulat que des entreprises étrangères travaillent souvent pour notre canton.

Il est important de garder à l'esprit que ces statistiques ne portent pas sur les petits marchés non soumis à une obligation de publication. Ainsi tous les marchés organisés en procédure de gré à gré ordinaire ou en procédure sur invitation, dont on sait pertinemment qu'ils sont largement attribués à des soumissionnaires locaux (puisque l'adjudicateur invite les entreprises de son choix au marché), viennent s'ajouter à ces chiffres et augmentent encore la part de marchés attribués à des entreprises suisses sinon vaudoises. Nous ne disposons toutefois pas de statistiques concernant ces marchés non publiés. La mise en place d'un outil susceptible de retracer l'ensemble des adjudications attribuées pour les marchés de moindre importance (procédure sur invitation et de gré à gré) pose plusieurs difficultés.

¹ Des avis continuent de paraître dans la FAO mais de manière non simultanée et ils ne font pas foi contrairement à ceux publiés sur *simap*.

Contrairement aux marchés publics soumis à une procédure ouverte ou sélective, un passage par la plateforme simap n'est effectif pas obligatoire pour de tels marchés, de sorte qu'il faudrait mettre en place un système de monitoring des adjudications au sein de l'ensemble des services adjudicateurs de l'ACV. Outre la solution technique qu'il conviendrait d'identifier, d'acquiescer ou de développer puis d'implémenter auprès de tous les services adjudicateurs de l'Etat et les aspects liés à la formation et à la sensibilisation du personnel qui devraient immanquablement accompagner ce processus, la saisie de données à des fins statistiques représenterait une charge administrative supplémentaire de prime abord non justifiée pour des marchés de faible ampleur. En effet, de par la grande liberté de choix conférée aux adjudicateurs en procédure de gré à gré et sur invitation, ces petits marchés sont largement attribués à des entreprises locales. Ils devraient, de plus, mobiliser le moins de ressources possibles en favorisant une exécution aussi rapide que possible de la procédure.

Enfin, il convient de ne pas perdre de vue que des entreprises suisses remportent également des marchés publics à l'étranger.

4. CONCLUSION

Au vu de ce qui précède, les marchés publics organisés par les services adjudicateurs de l'Administration cantonale vaudoise sont très largement attribués à des entreprises suisses, que ces marchés soient soumis ou non à une concurrence internationale. Lorsque les valeurs seuils internationales sont atteintes, seule une très faible part de marchés sont remportés par des entreprises étrangères. En ce qui concerne les marchés de faible ampleur, l'adjudicateur peut choisir les entreprises à inviter au marché et privilégier de la sorte des acteurs de proximité dans la mesure où ils disposent des compétences et qualités requises pour réaliser le marché. Les adjudicataires de marchés organisés en procédure de gré à gré ou sur invitation sont, pour ces raisons, très souvent issus du tissu économique local. Enfin, si les adjudicateurs peuvent, il est vrai, user de leur liberté de choix pour favoriser dans une certaine mesure les entreprises locales, il convient de ne pas perdre de vue que les entreprises adjudicataires de marché ont également un rôle à jouer à cet égard en recourant, lorsque cela est possible, à des sous-traitants, à des entreprises de transport ou à des fournisseurs de proximité.

Annexes

Statistique annuelle des marchés adjugés par le Canton et publiés sur la plateforme simap.ch

2016

Marchés soumis et non soumis aux accords internationaux	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises suisses (sans TVA)		Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises étrangères (sans TVA)	
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>
	196'732'576.48	196'073'794.70	99.67%	658'781.77	0.33%
	Nombre total de marchés adjugés par le canton de Vaud	Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises suisses		Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises étrangères	
	<i>en chiffres</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>
	124	122	98.39%	2	1.61%
	Valeur totale des marchés non soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)			
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>			
	54'831'031.16	141'521'545.32			
	<i>en pourcentage</i>	<i>en pourcentage</i>			
	27.87%	71.94%			

2017

Marchés soumis et non soumis aux accords internationaux	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises suisses (sans TVA)		Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises étrangères (sans TVA)	
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>
	339'366'735.42	321'951'969.85	94.87%	17'414'765.57	5.13%
	Nombre total de marchés adjugés par le canton de Vaud	Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises suisses		Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises étrangères	
	<i>en chiffres</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>
	162	157	96.91%	5	3.09%
		Valeur totale des marchés non soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)		
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>			
	35'870'257.07	303'255'430.99			
	<i>en pourcentage</i>	<i>en pourcentage</i>			
	10.57%	89.36%			

2018

Marchés soumis et non soumis aux accords internationaux	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises suisses (sans TVA)		Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises étrangères (sans TVA)	
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>
	195'469'391.16	193'923'540.36	99.21%	1'545'850.80	0.79%
	Nombre total de marchés adjugés par le canton de Vaud	Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises suisses		Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises étrangères	
	<i>en chiffres</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>
	120	117	97.50%	3	2.50%
		Valeur totale des marchés non soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)		
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>			
	21'791'570.27	173'244'002.86			
	<i>en pourcentage</i>	<i>en pourcentage</i>			
	11.15%	88.63%			

2019

Marchés soumis et non soumis aux accords internationaux	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises suisses (sans TVA)		Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises étrangères (sans TVA)	
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>
	193'128'184.22	188'722'994.75	97.72%	4'405'189.47	2.28%
	Nombre total de marchés adjugés par le canton de Vaud	Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises suisses		Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises étrangères	
	<i>en chiffres</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>
	179	176	98.32%	3	1.68%
		Valeur totale des marchés non soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)		
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>			
	21'872'318.83	171'255'865.40			
	<i>en pourcentage</i>	<i>en pourcentage</i>			
	11.33%	88.67%			

2020

Marchés soumis et non soumis aux accords internationaux	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises suisses (sans TVA)		Valeur totale des marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises étrangères (sans TVA)	
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>	<i>en CHF</i>	<i>en %</i>
	209'885'235.12	207'196'937.58	98.72%	2'688'297.54	1.28%
	Nombre total de marchés adjugés par le canton de Vaud	Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises suisses		Nombre de marchés adjugés par le canton de Vaud à des entreprises étrangères	
	<i>en chiffres</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>	<i>en chiffres</i>	<i>en %</i>
	133	127	95.49%	6	4.51%
		Valeur totale des marchés non soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)	Valeur totale des marchés soumis aux accords internationaux adjugés par le canton de Vaud (sans TVA)		
	<i>en CHF</i>	<i>en CHF</i>			
	39'847'422.88	170'037'812.24			
	<i>en pourcentage</i>	<i>en pourcentage</i>			
	18.99%	81.01%			

3.4 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)

Rappel du postulat

La législation cantonale sur les marchés publics touche toutes collectivités publiques et privées selon la définition qui en est donnée en son article 1, mais également toutes collectivités privées des domaines de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, ainsi que des équipements portuaires et aéroportuaires, sous réserve d'une décision d'exemption dûment approuvée au niveau fédéral.

A part les adaptations liées à la révision en 2001 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), entrées en force dans le canton de Vaud le 1er septembre 2004, cette législation n'a subi que quelques modifications d'ordre cosmétique ou en conséquence des arrêts des Tribunaux cantonal et fédéral.

Il est constaté que certaines règles actuelles ne correspondent plus, pas ou peu à la pratique administrative des entités assujetties.

Dans la continuité de la révision de l'accord OMC sur les marchés publics (AMP-OMC), il est venu le temps pour qu'une remise en question en profondeur soit menée au niveau cantonal et par incidence au niveau intercantonal, ceci dans le but d'améliorer les pratiques et d'alléger le travail administratif, tant des entités assujetties que des entreprises et bureaux soumissionnaires, notamment grâce à l'évolution des technologies de l'information et de la dématérialisation des procédures. Il est bon de rappeler que les clarifications et mesures demandées au Conseil d'Etat permettront de limiter les risques de recours, donc d'éviter des perturbations dans le développement et la réalisation des projets grâce à des délais maîtrisés.

Il est précisé qu'en vertu du fédéralisme qui prévaut dans le domaine des marchés publics, le canton de Vaud peut rédiger librement des règles tant qu'elles ne sont pas contraires aux traités internationaux signés par la Suisse. Afin de ne pas rompre le processus d'harmonisation intercantonale via l'AIMP qui a permis la mise en place de la plateforme officielle internet du système d'information sur les marchés publics en Suisse (SIMAP.CH) et l'élaboration du Guide romand des marchés publics (GIMAP-romand), l'objet de la présente motion devrait également être discuté auprès de la Conférence romande des marchés publics (CROMP) et de la CDTAPSOL (organe réunissant les cantons de la CDTAP de Suisse occidentale et latine).

L'article 3a, alinéa 3, de la législation cantonale vaudoise, oblige à mettre en place des dispositions réglementaires qui permettent d'harmoniser les pratiques des entités concernées. Force est de constater que cet objectif n'est pas encore atteint malgré l'existence de certains outils et des évolutions technologiques, et à cause de l'imprécision de certaines règles, voire l'absence de certaines règles ou de règles différentes par rapport au texte de l'AIMP.

Cette réforme devrait aborder tous les aspects des procédures de mise en concurrence, y compris la procédure de « gré à gré concurrentiel » largement utilisée mais illégale actuellement, l'abandon des publications officielles dans la FAO au profit de la plateforme nationale SIMAP.CH, l'autorisation des règles du gré à gré lorsqu'il n'y a qu'une offre déposée ou que toutes les offres déposées sont au-dessus du budget alloué, la réduction du délai de dépôt des offres lors d'une procédure ouverte au niveau national,

Les réflexions devraient également porter sur l'utilisation plus intensive des technologies de l'information, notamment sur les qualifications des entreprises et leur paiement des charges sociales et fiscales, la mise en concurrence électronique des procédures sur invitation, l'introduction de la signature électronique, etc...

L'obligation d'application des normes SIA 142 et 143 sur les concours et les mandats d'études parallèles seraient acceptables si la méthode de calcul de la planche de prix et des indemnités n'était pas imposée.

L'article 8, alinéa 2, lettre j) et l'article 14, alinéa 2, de la loi cantonale sur les marchés publics mentionne que le Conseil d'Etat, via le DIRH, est l'autorité de surveillance et doit de ce fait réglementer la surveillance et l'information des adjudicateurs. Au vu des problèmes récurrents que la Cour des comptes soulève lors de leurs audits des entités assujetties, il est demandé que l'Etat reprenne la main sur la haute surveillance des marchés publics et de son application sans qu'elle ne soit reprise par défaut par des organismes privés, tel que dernièrement l'Observatoire (sic) vaudois (re-sic) des marchés publics, et renforce les prestations du Centre de compétences des marchés publics du DIRH dans les domaines des conseils juridiques et pratiques, de la formation et de l'information, notamment par le biais du SIMAP.CH et des standards du Guide romand des marchés publics dont l'utilité n'est plus à démontrer.

Le postulat (à l'origine une motion) a été déposé le 21 mai 2013, signé par son auteur et 29 cosignataires.

Rapport du Conseil d'Etat

1. INTRODUCTION

Le postulant souhaite que le Conseil d'Etat examine l'opportunité de modifier la législation cantonale sur les marchés publics afin d'y intégrer une série de nouvelles mesures. Ces dernières portent sur l'introduction du gré à gré dit « concurrentiel » dans le droit vaudois des marchés publics, l'abandon des publications officielles dans la Feuille des avis officiels (FAO) au profit de la plateforme simap.ch, l'autorisation du gré à gré lorsqu'une seule offre est déposée ou lorsque toutes les offres déposées se situent au-dessus du budget alloué, la réduction du délai de dépôt des offres dans le cadre d'une procédure ouverte au niveau national ainsi que l'utilisation plus intensive des technologies de l'information, notamment sur les qualifications des entreprises et le paiement des charges sociales et fiscales, la mise en concurrence électronique des procédures sur invitation et l'introduction de la signature électronique. Le postulant souhaite également rendre obligatoire l'application des règlements SIA 142 (concours) et 143 (mandats d'étude parallèles) sans imposer toutefois la méthode de calcul de la planche de prix et les indemnités. Il demande enfin que le Département des infrastructures et des ressources humaines (DIRH) reprenne la main sur la haute surveillance des marchés publics et son application de même que celui-ci renforce les prestations du Centre de compétences sur les marchés publics (CCMP-VD) dans les domaines des conseils juridiques et pratiques, de la formation et de l'information.

Toutefois, avant d'examiner plus en détail ces différentes mesures, il convient de rappeler le contexte législatif particulier dans lequel s'inscrit le traitement du présent postulat. Une révision du droit des marchés publics aux niveaux international, fédéral et intercantonal est en effet intervenue depuis lors et le canton de Vaud entend adhérer au nouvel accord intercantonal (AIMP 2019) (cf. chapitres 1 et 2 de l'exposé des motifs et projet de loi sur les marchés publics). De ce fait, tant le nouvel accord international sur les marchés publics (AMP 2012) entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 2021 que le nouvel accord intercantonal (AIMP 2019) adopté à l'unanimité des cantons le 15 novembre 2019 constituent du droit supérieur au droit cantonal. La marge de manœuvre du canton dans la révision de son droit (LMP-VD, RLMP-VD) est donc limitée, celui-ci ne pouvant pas prévoir de dispositions qui se révéleraient contraires à celles de l'AMP 2012 et de l'AIMP 2019. Enfin, le processus de transposition de l'AMP 2012 dans le droit national venait de débiter lorsque le postulat a été déposé en 2013. Aussi, bon nombre des demandes formulées par le postulant sont aujourd'hui comprises dans l'AIMP 2019.

2. EXAMEN DES DIFFÉRENTES MESURES PROPOSÉES

2.1 Introduction du gré à gré dit « concurrentiel » dans le droit cantonal des marchés publics

La procédure de gré à gré « concurrentiel » est expressément prévue dans l'AIMP 2019, à son article 21, alinéa 1, seconde phrase. Cette disposition prévoit que l'adjudicateur peut demander des offres à des fins de comparaison et procéder à des négociations. L'adhésion à l'AIMP 2019 permet dès lors de satisfaire à la demande du postulant quant à l'introduction de la procédure de gré à gré « concurrentiel ». Cette modalité du gré à gré « ordinaire » étant déjà comprise sur le plan intercantonal, il n'est pas nécessaire de la reprendre à son tour dans la législation cantonale.

Au demeurant, il convient de rappeler que, en réponse à la motion Jacques Haldy et consorts « pour permettre le gré à gré concurrentiel » du 14 janvier 2014 (14_MOT_037), le gré à gré « concurrentiel » (ou gré à gré « comparatif ») a été introduit le 1^{er} juillet 2017 à l'article 7, alinéa 1, lettre c, seconde phrase de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD). Dans la foulée de cette modification législative, le CCMP-VD a émis des recommandations en la matière, dans le but d'aiguiller les adjudicateurs dans le déroulement d'une telle procédure. Ces dernières sont disponibles à tout un chacun sur le site internet de l'Etat de Vaud.

2.2 Abandon des publications officielles dans la Feuille des avis officiels (FAO) au profit de la plateforme simap.ch

Le 1^{er} juillet 2012 déjà, la plateforme simap.ch est devenue l'organe officiel de publication des marchés publics sur sol vaudois à la suite de l'entrée en vigueur de la modification de l'article 8, alinéa 2, lettre a LMP-VD et de la modification de l'article 11 RLMP-VD. Seuls des résumés des avis d'appels d'offres parus sur la plateforme simap continuent depuis cette date d'être publiés dans la FAO à seule fin d'information. Le droit intercantonal révisé institue lui aussi la plateforme simap.ch comme organe de publication officiel (cf. art. 48, al. 1 AIMP 2019), tout en permettant aux cantons de prévoir des organes de publications supplémentaires (cf. art. 48, al. 7 AIMP 2019).

Le projet d'article 18 du nouveau règlement d'application de la loi sur les marchés publics (P-RLMP-VD), dans la mesure où il désigne la plateforme simap.ch comme unique organe officiel de publication des marchés publics (cf. al. 1) et la FAO comme organe de publication supplémentaire (cf. al. 2), reprend de la sorte les exigences du droit intercantonal en matière de publication. Il s'inscrit en outre dans la continuité du droit en vigueur. Ainsi, au regard de ce qui précède, une adhésion à l'AIMP 2019 et l'adoption du droit cantonal révisé permettent de répondre à la demande du postulant sur ce point.

2.3 Autorisation du gré à gré lorsqu'une seule offre est déposée

La procédure de gré à gré selon conditions (aussi appelée « appel d'offres limité » dans la terminologie des accords internationaux ou gré à gré « exceptionnel » par les praticiens) est une procédure d'exception qui permet à l'adjudicateur d'attribuer directement un marché à un prestataire alors que la valeur de ce marché atteint les seuils exigeant la mise en place d'une procédure de mise en concurrence (procédure sur invitation ou procédure ouverte ou sélective). Les circonstances dans lesquelles une telle procédure d'exception peut être suivie sont énoncées exhaustivement par le droit international (cf. art. XIII AMP 2012) et sont interprétées restrictivement par la jurisprudence, dès lors qu'elles constituent des entorses au principe de concurrence efficace prôné par le droit des marchés publics.

La révision du droit international sur les marchés publics (AMP 2012) n'a pas amené de nouvelles clauses d'exception autorisant le recours à une procédure de gré à gré selon conditions. L'AIMP 2019 – ne prévoit pas non plus de nouvelles clauses d'exception pour cette procédure (cf. art. 21, al. 2). Tant l'AMP 2012 que l'AIMP 2019 dressent ainsi exhaustivement la liste des clauses d'exception applicables.

Aussi, au vu de la marge de manœuvre limitée dont dispose le Canton de Vaud dans la perspective de son adhésion à l'AIMP 2019 et dès lors que les motifs de gré à gré sous conditions sont exhaustivement listés aux niveaux international et intercantonal, celui-ci ne peut prévoir des clauses d'exception supplémentaires dans son propre droit cantonal. Cela étant et indépendamment de la problématique de la conformité de la proposition du postulant avec le droit supérieur, instaurer une nouvelle clause d'exception dans la situation où une seule offre serait déposée n'apparaît pas opportun. En effet, l'objectif visé par la proposition du postulant est ici sans doute de pouvoir autoriser le pouvoir adjudicateur à entrer en négociations avec le seul soumissionnaire attiré par le marché, ce que la procédure de gré à gré autorise mais que les procédures sur invitation, ouverte ou sélective prohibent (cf. art. 11, al. 1, let. d et art. 21, al. 1 AIMP 2019 ; art. 35 RLMP-VD). Or, lorsqu'un soumissionnaire est mis en concurrence dans le cadre d'une procédure sur invitation, ouverte ou sélective, il établit son offre en tenant précisément compte de cette situation de concurrence et du fait que d'autres soumissionnaires seront intéressés au marché. Chaque soumissionnaire va ainsi chercher à formuler sa meilleure offre au meilleur prix pour être compétitif. Dans ces circonstances, le soumissionnaire qui se retrouverait seul en lice à la réception des offres d'une procédure de mise en concurrence ne devrait pas entrer en négociations avec l'adjudicateur. L'établissement d'une offre et la formulation d'un prix n'interviennent en effet pas de la même manière selon qu'un soumissionnaire est mis en concurrence ou entre en négociations avec l'adjudicateur. De plus, il n'est pas à exclure qu'un soumissionnaire ayant déjà formulé une offre compétitive dans le cadre d'une mise en concurrence soit soumis, par le jeu de négociations avec l'adjudicateur intervenant dans le cadre d'une procédure de gré à gré ultérieure, à une pression supplémentaire sur les prix déposés. Il convient de relever également que l'adjudicateur, qui ne recevrait qu'une seule offre dans une procédure soumise à la concurrence et qui souhaiterait précisément invoquer ce fait à l'appui d'une adjudication de gré à gré ultérieure devrait préalablement interrompre la première procédure engagée en ouvrant une voie de recours avant de pouvoir organiser une procédure de gré à gré selon conditions. Aucune exigence légale n'obligerait alors l'adjudicateur, dans le cadre de la procédure de gré à gré exceptionnel ultérieure, à adjuger son marché au seul soumissionnaire ayant pris part à la procédure de mise en concurrence initiale. De ce fait, le soumissionnaire arrivé seul en lice pourrait contester l'interruption de la première procédure dès lors qu'il ne dispose d'aucune garantie à ce que l'adjudicateur le sollicite en vue de lui adjuger ultérieurement le marché de gré à gré en application d'une clause d'exception.

Au demeurant, tant l'article 21, alinéa 2, lettre a AIMP 2019 que l'art. XIII, alinéa 1, lettre a, chiffres i et ii AMP 2012 prévoient la possibilité de recourir au gré à gré sous conditions dans l'hypothèse où aucune offre n'est présentée dans le cadre de la procédure ouverte, sélective ou sur invitation, aucune offre ne satisfait aux exigences essentielles de l'appel d'offres ou aucun soumissionnaire ne répond aux critères d'aptitude. Il apparaît ainsi que le législateur a entendu autoriser la procédure de gré à gré sous conditions dans la situation exceptionnelle où la procédure de mise en concurrence ne débouche sur aucune offre et non dans la situation où une seule offre serait déposée.

Pour toutes ces raisons, le Conseil d'Etat renonce à prévoir pour le seul Canton de Vaud une nouvelle clause d'exception pour la procédure de gré à gré sous conditions. Si faut-elle qu'elle soit compatible avec le nouvel article 21, alinéa 2 AIMP 2019, elle n'en représenterait pas moins une solution non harmonisée et inopportune pour les motifs évoqués.

2.4 Autorisation du gré à gré lorsque toutes les offres déposées se situent au-dessus du budget alloué

Ainsi qu'exposé ci-dessus, l'introduction d'une nouvelle clause d'exception dans la législation cantonale entre en contradiction avec le droit supérieur, en particulier avec les articles XIII AMP 2012 et 21, alinéa 2 AIMP 2019.

Il convient en outre de rappeler que la situation dans laquelle toutes les offres déposées dépassent le montant du crédit alloué pour le marché constitue précisément un motif d'interruption, de répétition ou de renouvellement de la procédure au sens de l'article 43, alinéa 1, lettre d AIMP 2019. L'adjudicateur a donc la possibilité d'interrompre et de relancer une procédure lorsque les offres déposées sont trop chères, mais pas celle de choisir librement le soumissionnaire de son choix pour négocier avec lui le montant de son offre à la baisse, de manière à ce qu'elle entre éventuellement dans le cadre du budget alloué. Il ne suffit par ailleurs pas que les offres déposées soient simplement plus élevées que le devis. La jurisprudence considère en effet qu'une interruption de la procédure se justifie uniquement dans les cas dans lesquels les offres dépassent de plus de 25% le budget accordé.

Enfin, comme la détermination du budget incombe à l'adjudicateur, il ne serait pas impossible que certains adjudicateurs prennent le risque de sous-évaluer volontairement leur devis, dans le but de recevoir des offres trop chères et de pouvoir au final procéder de gré à gré avec le soumissionnaire de leur choix. Ce nouveau motif de gré à gré sous conditions présenterait de la sorte des risques évidents de contournements de la législation.

Pour ces raisons, le Conseil d'Etat rejette la proposition.

2.5 Réduction du délai de dépôt des offres dans le cadre d'une procédure ouverte au niveau national

L'article 46, alinéa 4 AIMP 2019 prévoit que le délai de remise des offres est en général d'au moins 20 jours pour les marchés non soumis aux accords internationaux. Dans le cas de prestations largement standardisées, il peut même être réduit à 5 jours au minimum. L'adhésion du Canton de Vaud à l'AIMP 2019 permet dès lors de satisfaire à la demande du postulant sur ce point. Celui-ci a en effet précisé lors de la séance de commission du 23 août 2013 vouloir un abaissement du délai de remises des offres à 20 jours dans le cadre d'une procédure ouverte au niveau national (cf. rapport de la commission du 7 octobre 2013, p. 4).

2.6 Utilisation plus intensive des technologies de l'information : mise en concurrence électronique des procédures sur invitation, introduction de la signature électronique, qualifications des entreprises et paiement des charges sociales et fiscales

Encourager l'utilisation des technologies modernes de l'information a été l'un des objectifs de la révision du droit international des marchés publics (AMP 2012). Le recours aux moyens électronique pour la passation des marchés des publics a d'ailleurs été promu au rang de principe général (cf. art. IV, al. 3 AMP 2012).

L'AIMP 2019, quant à lui, met également en avant une utilisation plus intensive des technologies de l'information. Il prévoit notamment, à son article 34, alinéa 2, la possibilité pour les soumissionnaires de déposer leur offre par voie électronique, y compris dans le cadre d'une procédure sur invitation. La question de l'introduction de la signature électronique dans le domaine des marchés publics, quant à elle, est indissociable de celle du retour électronique des offres. Ainsi, l'adhésion à l'AIMP 2019 permet de satisfaire à la demande du postulant portant sur la mise en concurrence électronique des procédures sur invitation ainsi que sur l'introduction de la signature électronique. Une modification de la législation cantonale ne se révèle à cet égard pas nécessaire. A noter toutefois que, en l'état actuel des connaissances, la fonctionnalité qui devrait permettre la remise électronique des offres sur simap.ch ne devrait pas être disponible avant 2023 et la mise en exploitation de la nouvelle plateforme (projet KISSimap.ch, lancé en janvier 2020).

S'agissant de l'utilisation des technologies de l'information relatives aux qualifications des entreprises et au paiement de leurs charges sociales et fiscales, une autre fonctionnalité de la nouvelle plateforme simap.ch consistera à donner la possibilité aux soumissionnaires de déposer des documents sur cette dernière. Ceux-ci éviteront de cette manière d'avoir à remplir une partie des documents exigés par l'adjudicateur en relation avec le marché visé. Au regard des objectifs fixés dans le cadre du projet KISSimap.ch, cette fonctionnalité ne devrait cependant pas voir le jour avant 2026. Dès lors, de l'avis du Conseil d'Etat, il appartient d'attendre l'évolution de la plateforme simap.ch sur ce point, une modification de la législation cantonale n'ayant aucun impact sur la disponibilité de cette fonction pour les soumissionnaires vaudois.

Une autre avancée majeure apportée par l'AMP 2012 et l'AIMP 2019 allant dans le sens d'une meilleure utilisation des technologies de l'information dans les marchés publics est la possibilité pour les adjudicateurs de mettre en place un système d'enchères électroniques lorsqu'il s'agit d'acquies des prestations standardisées (cf. art. XIV AMP 2012 et art. 23 AIMP 2019). L'adhésion à l'AIMP 2019 permettra donc aux adjudicateurs vaudois de profiter de ce nouvel instrument.

2.7 Obligation d'appliquer les règlements SIA 142 (concours) et 143 (mandats d'étude parallèles) sans imposer la méthode de calcul de la planche de prix ainsi que les indemnités

Tant l'article 12, alinéa 3 AIMP que le nouvel article 22 AIMP 2019 relatifs aux concours et aux mandats d'étude parallèles (MEP) précisent que l'adjudicateur peut se référer aux règles édictées en la matière par les associations professionnelles, conférant par là même un caractère dispositif à des règlements du type de ceux proposés par la SIA. Cette disposition vise essentiellement le règlement SIA 142 relatifs aux concours d'architecture et d'ingénierie et le règlement SIA 143 relatif aux mandats d'étude parallèles d'architecture et d'ingénierie. Ainsi, tant le droit intercantonal actuellement en vigueur que le droit intercantonal révisé n'imposent pas l'utilisation de ces derniers. Ils laissent la liberté à l'adjudicateur de définir lui-même les règles applicables à ses procédures de concours ou de MEP, tout en lui rappelant qu'il est en droit de se référer à ces règlements dans ce cadre.

Aussi, quand bien même il est indéniable que les règlements SIA 142 et SIA 143 ont une grande importance pratique, ce que les commentaires de l'article 22 AIMP 2019 et du chapitre III du projet de règlement sur les marchés publics (P-RLMP-VD) rappellent d'ailleurs expressément, il convient de garder à l'esprit qu'il s'agit de règlements privés. D'une part, ceux-ci s'appliquent uniquement s'ils sont intégrés dans les documents d'appel d'offres. Ils ne peuvent d'autre part déroger aux dispositions (impératives) du droit des marchés publics en vigueur. Il est possible de s'y référer à des fins d'interprétation ou pour combler des lacunes. Il n'est dès lors pas juridiquement admissible d'obliger des adjudicateurs à appliquer des normes émanant d'organismes privés et, partant, de les ériger au rang de lois.

Pour ces raisons, le Conseil d'Etat ne juge pas opportune la proposition du postulant visant à rendre obligatoire l'application du règlement SIA 142 aux concours et du règlement SIA 143 aux MEP lancés par un adjudicateur. Certaines exigences découlant de ces derniers (exigence de l'anonymat dans les concours, composition du jury) ont d'ailleurs été reprises dans le projet de règlement sur les marchés publics (P-RLMP-VD), aux articles 5 à 10, et bénéficient dès lors d'un ancrage réglementaire. S'agissant de la méthode de calcul de la planche de prix, un adjudicateur peut choisir de ne pas intégrer le règlement SIA 142, respectivement le règlement SIA 143, à sa procédure et, partant, choisir librement une méthode de calcul. Il peut également intégrer le règlement SIA 142, respectivement le règlement SIA 143, à sa procédure et choisir une autre méthode de calcul que celle proposée dans ceux-ci, ce pour autant qu'il y déroge de manière explicite.

2.8 Reprise de la main par le DIRH en tant qu'autorité de surveillance sur la haute surveillance des marchés publics et son application

Le projet de nouvelle loi cantonale sur les marchés publics (P-LMP-VD) contient désormais un article 10 énumérant – de manière non exhaustive – les principales tâches revenant au DIRH en sa qualité d'autorité de surveillance. Il s'agit pour celui-ci, d'une part, de veiller au respect de l'AIMP et de la législation vaudoise sur les marchés publics par les adjudicateurs, les soumissionnaires et leurs sous-traitants. D'autre part, il lui appartient de prononcer les sanctions et d'édicter les instructions prévues par l'article 45 AIMP 2019. 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. L'adhésion à l'AIMP 2019 et l'adoption du droit cantonal révisé permettront par conséquent d'ancrer désormais au niveau légal ces tâches incombant à l'autorité de surveillance des marchés publics.

La portée de la surveillance est cependant une question délicate. Une surveillance accrue des pouvoirs adjudicateurs implique en effet une ingérence de l'Autorité de surveillance, et donc du canton, dans le fonctionnement des entités adjudicatrices – parmi lesquelles de nombreuses communes - et leur manière d'appliquer la législation sur les marchés publics. Une surveillance trop marquée des adjudicateurs vaudois n'est pour ces raisons déjà pas souhaitée par le Conseil d'Etat. De plus, il convient de ne pas perdre de vue que le contrôle juridictionnel en droit des marchés publics appartient et doit continuer d'appartenir à la seule autorité judiciaire saisie sur recours, soit la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal. Une surveillance accrue irait finalement à l'encontre de l'objectif de simplification administrative recherché par le présent postulat, dès lors qu'elle pourrait provoquer de longs blocages dans les procédures et retarder l'acquisition de prestations par les collectivités publiques.

2.9 Renforcement des prestations du CCMP-VD dans les domaines des conseils juridiques et pratiques, de la formation et de l'information

Depuis de nombreuses années, le CCMP-VD assure pleinement sa mission consistant à promouvoir la bonne application de la législation sur les marchés publics par les pouvoirs adjudicateurs vaudois. Il a ainsi répondu en 2020 à près de 240 questions (180 par écrit et 59 par oral), dont une grande partie provenait de pouvoirs adjudicateurs communaux et d'organismes de procédures mandatés par une collectivité publique. Cela représente plus de 80 réponses annuelles supplémentaires données qu'en 2015. En outre, depuis fin 2012, le CCMP-VD rédige une chronique paraissant quatre fois par année dans le périodique « Canton-Communes », qui présente des problématiques rencontrées par les communes ou leurs mandataires dans le cadre de l'application des marchés publics. Il veille au demeurant à tenir informés les correspondants marchés publics de l'ACV ainsi que les communes des dernières modifications législatives en matière de marchés publics, notamment par l'envoi de courriels ou par la publication d'une actualité sur les pages internet de l'Etat de Vaud. Par ailleurs, il s'emploie continuellement à établir des recommandations écrites librement accessibles en ligne, à l'instar de celles portant sur la modalité du gré à gré comparatif. Il organise enfin depuis presque vingt ans (2003) des cours de formation sur les marchés publics auprès du Centre d'éducation permanente (CEP). L'offre de cours s'est à cet égard enrichie depuis 2013, date du dépôt du postulat, puisqu'une formation se déroulant sur deux jours est désormais proposée. A noter que l'Etat de Vaud continuera dans le futur de doter le CCMP-VD des moyens suffisants pour qu'il puisse pleinement assurer ses tâches actuelles.

Le projet de nouvelle loi cantonale sur les marchés publics (P-LMP-VD) contient au surplus une disposition sur le CCMP-VD, à son article 12. Cette dernière énumère, de manière non exhaustive, les tâches de cette entité et indique le département auquel elle est rattachée (à savoir, le DIRH). Ainsi, la révision du droit vaudois des marchés publics constitue l'occasion d'ancrer le CCMP-VD au niveau légal et d'énumérer formellement ses tâches, si bien que son adoption contribuera d'une certaine manière à renforcer son rôle de centre de compétence.

3. CONCLUSION

L'adhésion à l'AIMP 2019 permettra de satisfaire pleinement aux demandes du postulant portant sur la réduction du délai de dépôt des offres dans le cadre d'une procédure ouverte au niveau national et l'utilisation plus intensive des technologies de l'information. Au demeurant, cet accord introduit au niveau intercantonal la procédure de gré à gré dit « concurrentiel », que la législation vaudoise sur les marchés publics connaît depuis 2017 déjà. Le P-LMP-VD, quant à lui, reprend la règle actuellement en vigueur instituant la plateforme simap.ch en tant qu'unique organe officiel de publication, si bien que son adoption permettra de répondre à la demande du postulant visant à abandonner les publications officielles dans la FAO au profit de cette plateforme. L'ajout de deux nouveaux motifs d'exception autorisant un adjudicateur à procéder de gré à gré sous conditions n'est en revanche pas compatible avec le droit supérieur (accords internationaux et AIMP 2019). Enfin, le Conseil d'Etat ne juge pas opportun de rendre obligatoire l'application des règlements SIA 142 et 143 ni de prévoir des mesures supplémentaires concernant l'autorité de surveillance des marchés publics et le CCMP-VD. Le projet de nouveau règlement sur les marchés publics (P-RLMP-VD) prévoit en effet de nouvelles dispositions en lien avec les concours et les mandats d'étude parallèles : ces dernières traitent notamment de la valeur des concours et des mandats d'étude parallèles (art. 7), de la composition du jury (art. 8) et de l'anonymat dans les concours (art. 9). Le P-LMP-VD précise, pour sa part, le rôle et les tâches respectives de l'autorité de surveillance et du centre de compétences sur les marchés publics.

4. CONSEQUENCES

4.1 Constitutionnelles, légales et réglementaires (y.c. eurocompatibilité)

Le présent projet ne nécessite pas de révision de la Constitution vaudoise. Il consiste en l'adoption d'un décret autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019) ainsi qu'en l'adoption de la révision de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD ; BLV 726.01).

4.2 Financières (budget ordinaire, charges d'intérêt, autres)

La révision des législations intercantonale et cantonale sur les marchés publics permet avant tout de clarifier le droit actuellement en vigueur, sans pour autant modifier sensiblement les règles applicables en la matière. Le budget de l'Etat ne devrait donc pas être impacté par le nouveau droit sur les marchés publics. Les ressources actuellement disponibles devraient au demeurant permettre à celui-ci de continuer à accomplir ses différentes tâches, en particulier celles relatives à la formation du personnel des administrations publiques.

4.3 Conséquences en terme de risques et d'incertitudes sur les plans financier et économique

Néant.

4.4 Personnel

Pour les mêmes raisons qu'exposées au point 4.2 ci-dessus, la révision de la législation sur les marchés publics ne devrait pas nécessiter l'engagement de ressources en personnel supplémentaires au sein de l'ACV.

4.5 Communes

A l'image du canton, la révision de la législation sur les marchés publics ne devrait pas avoir d'impact notable sur la situation des communes. Le nouveau droit sur les marchés publics simplifiera même le travail administratif de ces dernières (cf. point 4.12 ci-dessous). La suppression de l'interdiction faite aux municipaux de soumissionner dans les marchés organisés par leur commune, de même que la suppression de l'exigence consistant à inviter une entreprise extérieure à la commune du lieu d'exécution dans les procédures sur invitation constituent deux nouveautés favorables aux communes.

4.6 Environnement, développement durable et consommation d'énergie

De même qu'expliqué au point 1.3.4 ci-dessus, le développement durable (aspects environnementaux et sociaux) joue un rôle important dans l'AIMP 2019. Une plus grande marge de manœuvre est accordée aux adjudicateurs dans la prise en compte du développement durable, qui doit dorénavant être exploitée. Ce renforcement du développement durable influencera la conception des critères dans les futures procédures et l'évaluation des offres.

4.7 Programme de législature et PDCn (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

L'adhésion à l'AIMP 2019 et l'adoption du projet de LMP-VD s'inscrivent dans la réalisation de la mesure 2.4 du programme de législature (2017-2022) (« 2.4. Avec les partenaires sociaux, veiller à la pratique d'une concurrence loyale dans le domaine économique et tendre à une plus grande homogénéité des conditions du marché du travail au niveau suisse. Mettre en œuvre les mesures d'accompagnement à la libre circulation CH/UE. Veiller à l'efficacité de l'application de la « préférence indigène », dans le respect du principe de la libre circulation des personnes », en particulier dans la réalisation de l'action « Poursuivre l'effort pour des marchés publics exemplaires ; inciter l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs vaudois à faire usage des marges de manœuvre légales pour limiter la sous-traitance en cascade et privilégier les critères qualitatifs par rapport au seul critère prix »).

4.8 Loi sur les subventions (application, conformité) et conséquences fiscales TVA

Néant.

4.9 Découpage territorial (conformité à DecTer)

Néant.

4.10 Incidences informatiques

Avec la révision de la législation sur les marchés publics, les procédures marchés publics continueront d'être publiées sur la plateforme électronique conjointe de la Confédération, des cantons et des communes dans le domaine des marchés publics (simap.ch). Aucune mesure interne sur le plan informatique ne devra donc être mise en place par le canton.

4.11 RPT (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

Néant.

4.12 Simplifications administratives

La révision du droit intercantonal des marchés publics simplifie et modernise la législation en la matière tout en l'adaptant aux progrès technologiques (retrées électroniques des offres, enchères électroniques, etc.). L'AIMP 2019 propose ainsi notamment des définitions légales des principales notions utilisées dans le domaine des marchés publics. Il offre en outre de nouveaux instruments aux adjudicateurs tels que le dialogue pour faciliter le déroulement de certaines procédures. Il vise enfin à codifier des règles jusqu'ici énoncées par la jurisprudence. En conséquence, le travail administratif des adjudicateurs sera simplifié grâce à la nouvelle législation sur les marchés publics.

4.13 Protection des données

Néant.

4.14 Autres

Néant.

5. CONCLUSION

Vu ce qui précède, le Conseil d'Etat a l'honneur de proposer au Grand Conseil

- d'adopter le projet de décret ci-après portant adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics ;
- d'adopter le projet de loi ci-après sur les marchés publics (LMP-VD) ;
- d'approuver les 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) ;
 - 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) ;
 - le postulat Laurence Cretegnny et consorts – Mandats externes hors de nos frontières, y a-t-il pénurie dans notre Canton et en Suisse ? (19_POS_119) ;
 - 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).

6. ANNEXES

- Message type de l'AIMP 2019

PROJET DE DÉCRET

portant adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics du 23 juin 2021

LE GRAND CONSEIL DU CANTON DE VAUD

vu le projet de décret présenté par le Conseil d'Etat

décète

Art. 1

¹ Le Conseil d'Etat est autorisé à adhérer, au nom de l'Etat de Vaud, à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics.

Art. 2

¹ Le Conseil d'Etat est autorisé à abroger le décret du 24 juin 1996 concernant l'adhésion du Canton de Vaud à l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics, lorsque tous les cantons auront adhéré à l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics.

Art. 3

¹ Le Conseil d'Etat est chargé de l'exécution du présent décret. Il en publiera le texte, conformément à l'article 84, alinéa 1, lettre a de la Constitution vaudoise et en fixera, par voie d'arrêté, la date d'entrée en vigueur.

PROJET DE LOI

sur les marchés publics (LMP-VD)

du 23 juin 2021

LE GRAND CONSEIL DU CANTON DE VAUD

vu le projet de loi présenté par le Conseil d'Etat

décrète

Chapitre I Champ d'application

Art. 1 Objet

¹ La présente loi régit la passation de marchés publics en application de l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (ci-après : AIMP).

² Les dispositions des accords internationaux auxquels la Confédération a adhéré et du droit fédéral demeurent réservées.

Art. 2 Entité non assujettie

¹ La Banque Cantonale Vaudoise n'est pas soumise à la législation sur les marchés publics.

Chapitre II Dispositions particulières

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

¹ Les règles régissant la procédure ouverte sont applicables par analogie à la procédure sur invitation, à l'exception des règles en matière de publication.

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

¹ Les décisions énoncées à l'article 53, alinéa 1 AIMP peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal cantonal dans les procédures suivantes indépendamment de la valeur du marché :

- a. procédure ouverte ;
- b. procédure sélective ;
- c. procédure sur invitation ;
- d. procédure de gré à gré au sens de l'article 21, alinéa 2 AIMP.

² En dérogation à l'article 94, alinéa 2 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36), les décisions du magistrat instructeur relatives à l'effet suspensif et aux mesures provisionnelles ne peuvent pas faire l'objet d'un recours.

³ Toute demande en dommages-intérêts au sens de l'article 58, alinéas 3 et 4 AIMP est soumise à la procédure de l'action de droit administratif, réglementée par les articles 106 et suivants LPA-VD.

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

¹ Le soumissionnaire indique dans son offre :

- a. l'objet et la part des prestations qui seront sous-traitées ;
- b. la raison sociale et le siège ou l'établissement des sous-traitants.

² Tout changement de sous-traitant intervenant en cours d'exécution du marché doit reposer sur de justes motifs. 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. Il doit être annoncé par écrit à l'adjudicateur pour contrôle et approbation avant de débiter l'exécution de ses prestations.

³ Le recours à la sous sous-traitance est interdit.

⁴ A titre exceptionnel, l'adjudicateur peut autoriser le recours à la sous sous-traitance lorsqu'elle se justifie pour des raisons techniques, organisationnelles ou de compétences notamment. Dans ce cas, seul le recours à un deuxième niveau de sous-traitance est admis.

⁵ Le non-respect de l'une des exigences énoncées aux alinéas qui précèdent représente un motif d'exclusion du soumissionnaire ou de révocation de l'adjudication.

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

¹ Tout recours à la location de personnel par le soumissionnaire retenu ou ses sous-traitants doit être préalablement annoncé à l'adjudicateur pour contrôle et approbation.

Art. 7 Peines conventionnelles (art. 12 AIMP)

¹ Pour assurer le respect des obligations du soumissionnaire et de ses sous-traitants au sens de l'article 12 AIMP, l'adjudicateur inclut des peines conventionnelles dans le contrat qu'il conclut avec le soumissionnaire retenu.

² L'adjudicateur peut exiger des garanties de la part du soumissionnaire retenu afin d'assurer le paiement des peines conventionnelles.

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

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.

² Les organes paritaires institués par les conventions collectives de travail contrôlent l'application des conditions de travail par le soumissionnaire et ses sous-traitants. Ils informent, d'office ou sur demande, l'adjudicateur de l'ouverture des procédures de contrôle, de leur résultat et des éventuelles mesures prises.

³ Lorsque le marché s'y prête, l'adjudicateur peut exiger du soumissionnaire retenu et de ses sous-traitants la mise en place d'un système de contrôle du personnel occupé afin d'assurer, en particulier, le respect des conditions de travail applicables et le paiement des charges sociales durant l'exécution du marché.

Art. 9 Développement durable

¹ L'adjudicateur encourage la prise en considération du développement durable par les soumissionnaires dans ses marchés.

² Il peut prévoir, à cette fin, des critères correspondants ou des spécifications techniques se fondant sur des labels environnementaux ou sociaux, pour autant que ces critères et spécifications soient appropriés pour définir les caractéristiques des prestations faisant l'objet du marché et n'impliquent pas une restriction excessive de la concurrence.

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.

Chapitre III Autorités compétentes

Art. 10 Conseil d'Etat

¹ Le Conseil d'Etat est compétent pour :

- a. conclure des accords avec des régions frontalières et des Etats voisins au sens de l'article 6, alinéa 4 AIMP ;
- b. adresser à l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) les déclarations prévues à l'article 63, alinéas 1 et 2 AIMP.

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

¹ Le département en charge des infrastructures (ci-après : le département) est l'autorité cantonale de surveillance.

² L'autorité cantonale de surveillance assume notamment les tâches suivantes :

- a. elle veille au respect de l'AIMP et de la législation vaudoise sur les marchés publics par les adjudicateurs, les soumissionnaires et leurs sous-traitants ;
- b. elle prononce les sanctions et édicte les instructions prévues par l'article 45 AIMP.

³ L'autorité cantonale de surveillance agit d'office ou sur dénonciation. Elle peut notamment :

- a. accéder aux données en lien avec toute procédure de marchés publics et requérir des adjudicateurs, des soumissionnaires et de leurs sous-traitants, toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de ses tâches ;
- b. procéder à des auditions ;
- c. faire appel à des experts.

⁴ Les adjudicateurs, les soumissionnaires et leurs sous-traitants sont tenus de collaborer avec l'autorité cantonale de surveillance. Le secret de fonction et les secrets d'affaires ne peuvent être opposés à l'autorité cantonale de surveillance.

Art. 12 Travail au noir

¹ Le département est l'autorité compétente pour prononcer l'exclusion des futurs marchés publics au sens de l'article 13 de la loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN; RS 822.41).

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

¹ Le département est l'autorité compétente au sens de l'article 28, alinéa 1 AIMP. Il décide de la création de listes de soumissionnaires qui ont l'aptitude requise pour obtenir des marchés publics.

² Il peut déléguer la gestion des listes de soumissionnaires aux associations professionnelles intéressées, avec la compétence de rendre des décisions en la matière.

Art. 14 Centre de compétences sur les marchés publics

¹ Le Centre de compétences sur les marchés publics du canton de Vaud (CCMP-VD) conseille et informe les adjudicateurs en matière de marchés publics. Dans ce cadre, il assume notamment les tâches suivantes :

- a. proposer des formations destinées au personnel des administrations publiques ;
- b. édicter des recommandations à l'attention des adjudicateurs ;
- c. répondre à des questions juridiques ponctuelles d'ordre général concernant l'application de la législation sur les marchés publics.

² Le CCMP-VD est rattaché au Secrétariat général du département.

Chapitre IV Dispositions finales

Art. 15 Dispositions d'exécution

¹ Le Conseil d'Etat édicte les dispositions d'exécution de l'AIMP et de la présente loi. Elles concernent notamment :

- a. les types de procédures et les exigences applicables en matière de concours et de mandats d'étude parallèles (art. 22 AIMP) ;
- b. la tenue et la gestion des listes de soumissionnaires, les modalités de la délégation de cette gestion aux associations professionnelles intéressées ainsi que les critères d'inscription (art. 28 AIMP) ;
- c. la langue de la procédure, des publications, des communications des soumissionnaires et des documents d'appel d'offres (art. 35, let. m et 48 AIMP) ;
- d. la réduction des délais pour les marchés non soumis aux accords internationaux (art. 47 AIMP) ;
- e. la publication des adjudications de gré à gré au sens de l'article 21, alinéa 2 AIMP pour les marchés non soumis aux accords internationaux (art. 48, al. 1 AIMP) ;

- f. la désignation d'un organe de publication supplémentaire (art. 48, al. 7 AIMP) ;
- g. la collecte, la transmission et la publication de données sur les marchés publics à des fins statistiques (art. 50 AIMP) ;
- h. la notification des décisions sujettes à recours (art. 51, al. 1 AIMP).

Art. 16 Disposition transitoire

¹ La présente loi s'applique aux procédures d'adjudication qui sont lancées après son entrée en vigueur.

Art. 17 Abrogation

¹ La loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics est abrogée.

Art. 18 Exécution

¹ Le Conseil d'Etat est chargé de l'exécution de la présente loi. Il en publiera le texte conformément à l'article 84, alinéa 1, lettre a de la Constitution cantonale et en fixera, par voie d'arrêté, la date d'entrée en vigueur.