

Affaire traitée par :
Ana Azevedo (Directrice adjointe-Juriste)
Zoé Guichon (Juriste)
Robin Hottelier (Conseiller en aménagement du territoire)

Centre de compétences sur les marchés publics du
canton de Vaud
Département des infrastructures et des ressources
humaines
Place de la Riponne 10
1014 Lausanne

Pully, le 4 mars 2021

Consultation projet de révision du droit cantonal des marchés publics

Madame, Monsieur,

Le projet de consultation cité en titre a été soumis aux communes membres de l'Union des Communes Vaudoises (ci-après : UCV) et a suscité des commentaires qui vous sont exposés par le biais du présent courrier.

Cette consultation consiste en l'adhésion du canton de Vaud à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 (ci-après : AIMP 2019) impliquant, par là-même, la refonte de la législation vaudoise en matière de marchés publics, soit une révision totale de la loi sur les marchés publics du 24 juin 1996 (ci-après : LMP-VD) et de son règlement d'application du 7 juillet 2004 (RLMP-VD).

De manière générale, l'UCV relève la réactivité de notre canton qui est précurseur sur cette thématique, ce qui a permis d'entamer le processus d'adhésion mais aussi celui de l'adaptation du cadre légal cantonal à cette fin.

1. Analyse prospective

Les avantages d'une adhésion à l'AIMP 2019 ne doivent pas être négligés (simplification du cadre légal, recours aux technologies modernes, dialogues entre adjudicateurs et soumissionnaires, standardisation du processus de présentation des offres, renforcement des critères qualitatifs et utilisation des critères sociaux, prise en compte du développement durable, lutte contre la sous-traitance et le travail au noir, rehaussement du seuil de gré à gré pour les fournitures, entre autres).

Toute harmonisation indique aussi une perte en autonomie des cantons et des spécificités régionales. A l'opposé, une non-adhésion à l'AIMP 2019 compromettrait et compliquerait les relations avec les prestataires d'autres cantons, voire d'autres pays, une surcharge administrative étant alors à craindre. Le principe de la hiérarchie des normes contraindra par ailleurs les cantons qui n'auraient pas adhéré à l'AIMP 2019 à édicter leur propre réglementation afin de se conformer à l'Accord sur les marchés publics (AMP) entré en vigueur en 2012, respectivement à la loi fédérale sur les marchés publics révisée (LMP).

Nous saluons notamment les nouvelles mesures relatives au respect des conditions de travail, de l'égalité entre femmes et hommes, du droit de l'environnement ainsi que de la protection des travailleurs et de lutte contre le travail au noir dans le cadre de la procédure des marchés publics (art. 12 AIMP 2019). La méthode de calcul permettant l'évaluation du marché basée sur ces différents critères d'adjudication reste néanmoins floue. Afin d'assurer le respect de ces obligations, l'adjudicateur devra de surcroît inclure des peines conventionnelles dans le contrat qu'il conclut avec le soumissionnaire retenu (art. 7 avant-projet LMP-VD), dont les modalités d'application seront à indiquer dans les documents d'appels d'offres (art. 3 alinéa 1 lettre c avant-projet RLMP-VD). Au regard du principe de transparence qui prévaut dans la procédure des marchés publics, il est primordial d'apporter des précisions sur les points précités. A ce titre, nous recommandons à tous les adjudicateurs de recourir aux services de professionnels, non seulement lors de la phase préparatoire, soit avant la publication des offres, mais également après l'attribution des notes, mais avant la notification des résultats. L'objectif étant d'éviter au maximum les recours.

De manière générale, nous apprécions le fait que le critère « qualité » soit rendu obligatoire au même titre que le critère « prix » (art. 29 al. 1 et 41 AIMP 2019).

Tel que relevé plus haut, l'AIMP 2019 révisée apporte notamment une meilleure prise en compte du critère de développement durable dans l'évaluation des offres. Néanmoins, il faut noter que la mise en œuvre de ce critère s'avère toutefois difficile en pratique. En effet, les prestations proposées par les soumissionnaires peuvent a priori paraître écologiques, alors que dans les faits elles ont précisément l'effet contraire. Les adjudicateurs vont dès lors devoir accorder une attention particulière à l'élaboration de tels critères. De plus, l'utilisation de critères sociaux (formation d'apprentissage, mesure de réinsertion des chômeurs, ...) apparaît en des circonstances tout à fait propices au vu de la situation actuelle. Malgré tout, il est probable que les jeunes apprentis ainsi que les travailleurs âgés seront les premiers impactés par le contexte économique compliqué. Dès lors, nous regrettons que ces critères ne soient pas dotés d'une pondération plus élevée au vu de la potentielle plus-value qu'ils pourraient avoir sur l'économie. Concrètement, l'intégration de nouveaux critères plus « qualitatifs » devraient également donner une chance à certaines entreprises qui ne pouvaient pas forcément accéder au marché étant donné la compétitivité accrue exercée sur les prix. A terme, cela pourrait amener à encore renforcer les aspects de qualité visés.

En revanche, nous craignons que ce renforcement implique pour les soumissionnaires des investissements supplémentaires, lesquels se répercuteraient inévitablement sur le prix de l'offre dont le montant sera généralement plus élevé. Pour autant qu'ils ne puissent pas compenser de telles charges avec les économies résultant de la nouvelle procédure simplifiée, on pourrait s'attendre à un surenchérissement des offres dans le cadre des mandats en marchés publics.

Les communes, en tant que pouvoirs adjudicateurs, auront la possibilité d'exiger des preuves auprès des soumissionnaires afin de vérifier que ceux-ci répondent bien aux conditions de participation et satisfont aux critères d'aptitude (art. 2 avant-projet RLMP-VD), dont les listes en annexe représentent une aide pratique notable. Cette disposition est ainsi accueillie de manière positive, à plus forte raison qu'il est également tenu compte de l'obligation pour le soumissionnaire d'être à jour avec les impôts et taxes communaux, tant dans la preuve du respect des conditions de participation et de la satisfaction des critères d'aptitude, que dans les exigences requises pour que le soumissionnaire puisse être inscrit sur les listes des soumissionnaires (art. 12 avant-projet RLMP-VD et annexe 1 de l'avant-projet RLMP-VD).

Cet aspect suscite tout de même notre interrogation quant à la faculté des communes en tant qu'adjudicateurs de procéder par exemple à des contrôles périodiques dans le cadre de contrats de

durée, spécialement lors du suivi des chantiers. Ne serait-il pas opportun d'introduire une disposition similaire à l'article 3 al. 1 let. e de l'avant-projet RLMP-VD applicable à tous les domaines confondus pour permettre un contrôle plus aisé. Au surplus, s'agissant du respect des conditions de travail, l'art. 8 de l'avant-projet LPM-VD, concrétisant l'art. 12 al. 1 AIMP 2019, consacre le principe de lieu d'exécution, lequel est en contradiction avec le principe du lieu de provenance de la Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (ci-après : LMI). Selon une expertise de la COMCO, « les cantons auraient la faculté du point de vue du droit du marché intérieur de déclarer exceptionnellement applicables les dispositions en vigueur au lieu d'exécution selon les conditions de l'art. 2 al. 5 LMI et de l'art. 3 LMI, lorsqu'ils appliquent le droit dans un cas particulier. La mise en œuvre 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 salarial) justifie l'application des prescriptions du lieu d'exécution. Cela pourrait par exemple être le cas s'il existe différentes CCT présentant des différences significatives en ce qui concerne les niveaux de salaire ». Dans sa teneur actuelle, l'art. 8 de l'avant-projet LPM-VD, est difficilement compréhensible et il n'est pas conditionné à un intérêt public prépondérant. Avec à la clé, l'ouverture à des recours potentiels.

Par ailleurs, la phase des questions des soumissionnaires tendant à avoir un impact sur l'optimisation des offres reçues par l'adjudicateur, lui permettant de mieux répondre à ses attentes, pourrait avoir un impact positif sur la diminution de la durée de traitement des dossiers, mais aussi en termes de recours (art. 4 avant-projet RLMP-VD). Les projets pourraient ainsi se débloquer plus aisément et les coûts de procédure judiciaires être économisés.

Ainsi, nous relevons qu'une plus grande marge de manœuvre est laissée aux adjudicateurs. Cependant, les communes étant amenées régulièrement à adjudger des mandats dans le cadre de marchés publics, elles pourraient, quant à elles, y voir une charge de travail plus conséquente pour être conforme à la procédure prévue par la révision de la loi sur les marchés publics.

2. Nouveautés résultant de la révision

La centralisation de la publication des appels d'offres par le biais d'un seul organe officiel sur la plateforme simap.ch a pour objectif de simplifier les démarches auprès d'une même instance. Elle a notamment l'avantage de faciliter la récolte des données indispensables à l'établissement des statistiques annuelles (art. 21 avant-projet RLMP-VD). Il convient de relever que, dorénavant, les procédures de gré à gré, attribuées sans considération des valeurs seuils, devront également être publiées (art. 19 al. 3 avant-projet RLMP-VD). Si nous comprenons bien l'objectif de transparence, il faut cependant relever ici une contrainte supplémentaire pour un type de marché qui se veut en principe simplifié. La notification de la décision d'adjudication relative à ce marché devra au demeurant aussi être notifiée par publication (art. 20 avant-projet RLMP-VD).

Parmi les nouveaux instruments introduits par l'AIMP 2019 révisé, on notera le dialogue (art. 24 LMP/AIMP 2019) et les contrats-cadres (art. 25 LMP/AIMP 2019). Le premier s'avère particulièrement utile dans le cadre de marchés complexes, pour lesquels l'adjudicateur n'a pas les connaissances nécessaires pour déterminer objectivement ce dont il a besoin. Le second sert de base à la conclusion de contrats subséquents post-adjudication. L'adhésion à l'AIMP 2019 révisée est nécessaire pour que le canton et les communes puissent recourir à ces modalités. A défaut, ils devront s'en tenir aux mandats d'étude parallèles (MEP).

De plus, les exceptions prévues au niveau de la langue pour les documents à caractère technique (art. 16 al. 2 et 3 avant-projet RLMP-VD) devraient, nous semble-t-il, permettre une meilleure égalité des chances entre soumissionnaires locaux, nationaux (autres langues nationales) et étrangers (anglais) en réduisant les frontières linguistiques.

Finalement, nous notons que l'AIMP 2019 fait place aux moyens technologiques en permettant les enchères électroniques. Cette possibilité aurait pour avantage de réduire les coûts, mais aussi de garantir une certaine transparence. Quelques communes ne disposent pas des moyens adéquats permettant de faire l'acquisition de systèmes ou de logiciels adaptés garantissant une sécurité absolue des données traitées.

3. Remarques spécifiques apportées par les communes

Les communes se disent en faveur du rehaussement du seuil de CHF 100'000.- à CHF 150'000.- en ce qui concerne les fournitures, mais pas uniquement. En effet, une partie d'entre elles serait favorable à un rehaussement global des valeurs seuils pour ce qui est de la procédure de gré à gré. Ce qui rejoint aussi la volonté de favoriser davantage les entreprises et artisans locaux. Cette nouveauté confère certes une plus grande marge de manœuvre aux adjudicateurs, il convient toutefois de rappeler que ces derniers ne peuvent pas pour autant fractionner le marché en vue d'éviter le droit des marchés publics.

En sus des nouvelles règles formalisant les procédures de concours et de mandats d'étude parallèles, quelques communes reconnaissent que les nouveaux instruments introduits par l'AIMP 2019 (dialogue et contrats-cadres) offriront également plus de flexibilité aux pouvoirs adjudicateurs.

Par ailleurs, une partie des communes relève que l'article 3 al. 2 de l'avant-projet de la LPM-VD continue d'exiger qu'une invitation soit faite à au moins une entreprise dont le domicile ou le siège se situe en dehors de la commune du lieu d'exécution. Bien qu'elles admettent la finalité de cette disposition, soit la garantie d'une concurrence saine et efficace, les communes émettent toutefois quelques critiques à son encontre. D'une part, elles estiment que cette règle dépasse le cadre légal posé par l'AIMP 2019. D'autre part, elles considèrent 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. Il est également constaté que certaines concessions et délégation de tâches publiques seront désormais assujetties au droit des marchés publics. Cependant, l'obligation de procéder à un appel d'offres pour les concessions existe déjà en vertu de l'art. 2 al. 7 LMI, laquelle a d'ailleurs été précisée par la jurisprudence. Les communes sont ainsi d'avis que l'adhésion à l'AIMP 2019 représente en quelque sorte une suite logique, mais que sa portée pratique demeure cependant limitée. Pour ce qui a trait à la procédure, les communes appréhendent tout de même un risque de multiplication des recours du fait que la solution retenue en droit vaudois excède, sur des points spécifiques, le cadre de l'AIMP 2019.

Au surplus, des communes souhaiteraient que les conditions de participations, notamment de développement durable et spécialement celles relatives aux conditions sociales, puissent être imposées aux prestations provenant de l'étranger tout au long du processus d'acheminement jusqu'en Suisse par exemple. Il s'agit en l'occurrence d'une problématique de libre-échange au niveau international, laquelle pourrait être précisée dans la législation cantonale en tant que concrétisation de l'art. 6 AIMP 2019.

Enfin, compte-tenu de la complexité du sujet, quelques communes suggèrent de proposer un accompagnement par le biais de formations notamment afin de faciliter le travail des pouvoirs adjudicateurs. Ce à quoi la consultation répond puisque le Centre de compétences sur les marchés publics proposera des formations destinées au personnel des administrations publiques (art. 12 al. 1 let. a avant-projet LPM-VD). Les élus, au même titre que le personnel des administrations, devraient pouvoir suivre lesdites formations.

L'UCV espère que ces remarques seront utiles et subordonne toute entrée en matière à leur prise en considération. Vous remerciant de votre attention, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de nos sentiments très respectueux.

Gianni Saitta



Directeur

Ana Azevedo



Directrice adjointe & Juriste