

**COMMENTAIRES ET PRISE DE POSITION
de la Commission thématique des affaires extérieures (CTAE)
chargée d'examiner l'objet suivant :**

Révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)

1. PREAMBULE

La Commission s'est réunie le 2 décembre 2014 à la salle de conférences 403 du DTE, Place du Château 1, à Lausanne, pour examiner l'objet cité en titre. Elle était composée de Mmes Amélie Cherbuin, Patricia Dominique Lachat, Aliette Rey-Marion, Claire Richard et MM. Dominique-Richard Bonny, Gérald Creteigny, José Durussel, Christian Kunze, Denis-Olivier Maillefer, Gérard Mojon, Nicolas Rochat Fernandez, Claude-Alain Voiblet, Laurent Wehrli, Andreas Wüthrich et Raphaël Mahaim (président rapporteur soussigné).

La séance s'est tenue en présence de MM. Michel Rubattel, secrétaire général du Département des infrastructures et des ressources humains (DIRH), et Guerric Riedi, responsable du Centre de compétences sur les marchés publics du canton de Vaud (CCMP-VD) qui représentaient l'administration.

M. Yvan Cornu, secrétaire de la commission, a rédigé une synthèse des discussions et un projet de prise de position de la CTAE, ce dont nous le remercions vivement.

2. PROCÉDURE DE CONSULTATION

La CTAE trouve inadmissible que la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) n'ait pas respecté la procédure habituelle de consultation des parlements telle que définie dans la CoParl¹.

En effet, le projet de modification de l'AIMP n'ayant pas été transmis au Bureau interparlementaire de coordination (BIC), ce dernier n'a pas été en mesure de constituer une commission interparlementaire pour intervenir valablement dans la procédure de consultation et de modification de l'Accord. Le calendrier imposé par la DTAP est ainsi non seulement illégal, en tant qu'il viole les règles prévues par la CoParl, mais également politiquement totalement inadéquat. Pour un sujet aussi sensible que la législation intercantonale sur les marchés publics, les parlements cantonaux auraient dû être dûment consultés, et cela suffisamment tôt dans le processus.

Pour pallier autant que faire se peut ce problème, le Bureau du Grand Conseil vaudois a chargé la CTAE d'analyser le projet de révision de l'AIMP. La présente prise de position, (voir en particulier le chapitre 3 du présent rapport) sera ainsi annexée à la réponse du Conseil d'Etat que ce dernier doit retourner à l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) d'ici au 19 décembre 2014.

¹ Convention relative à la participation des Parlements cantonaux dans le cadre de l'élaboration, de la ratification, de l'exécution et de la modification des conventions intercantionales et des traités des cantons avec l'étranger (CoParl)

La CTAE adresse ses remerciements à M. Michel Rubattel, secrétaire général du DIRH, qui a signalé au secrétaire général du Grand Conseil que le Parlement ne figurait pas dans la procédure de consultation. Sans son intervention, la CTAE, et par conséquent le Grand Conseil vaudois, n'aurait pas eu l'opportunité de prendre officiellement position sur un projet d'importance politique majeure.

3. PRISE DE POSITION ET COMMENTAIRES DE LA COMMISSION THÉMATIQUE DES AFFAIRES EXTÉRIEURES

Vu les vices de procédure décrits au chapitre précédent et les délais insuffisants qui en découlent, la CTAE n'a pas eu la possibilité d'étudier le projet dans le détail ; c'est pourquoi elle a décidé de prendre position sur les trois principales modifications suivantes :

- Procédure de gré à gré concurrentiel (art. 21, al. 1).
- Négociations (art. 24).
- Voies de recours (art. 52).

De plus, la CTAE tient à formuler quelques autres commentaires, en particulier sur la prise en considération de critères sociaux et environnementaux dans l'évaluation des offres.

Article 21, alinéa 1 Gré à gré concurrentiel (ou comparatif)

La CTAE constate que le Grand Conseil vaudois a adopté la motion (14_MOT_037) Jacques Haldy et consorts – Pour permettre le gré à gré concurrentiel qui demande de modifier l'article 7, premier alinéa, lettre c LMP-VD de la manière suivante : « La procédure de gré à gré : l'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire de son choix ».

Comme cela est déjà appliqué dans d'autres cantons, il s'agit de faire en sorte que les communes (les adjudicateurs) puissent demander plusieurs offres avant d'adjuger les travaux, mais sans qu'il soit alors nécessaire de suivre une procédure formelle applicable aux valeurs seuils plus élevées (procédure ouverte, sélective ou sur invitation) et sans que cela n'ouvre des voies de recours.

Selon l'interprétation actuelle du Canton de Vaud, dans une procédure de gré à gré, l'adjudicateur ne peut demander plusieurs offres comparatives. S'il souhaite obtenir plusieurs offres comparatives, il doit passer par une procédure sur invitation, même si la valeur du marché se situe en dessous des valeurs seuils.

Selon la CTAE, l'article 21, alinéa 1, du projet AIMP va dans le sens de la motion Jacques Haldy puisqu'il spécifie que :

- l'adjudicateur adjuge un marché public directement à un soumissionnaire, sans lancer d'appel d'offres, et ;
- **il peut demander des offres à des fins de comparaison** et procéder à des négociations.

Suivant le rapport explicatif de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp), les négociations sont d'ores et déjà admises dans la procédure de gré à gré, et le resteront.

La CTAE se montre ainsi entièrement satisfaite sur ce point, la révision de l'AIMP allant dans le sens demandé par le Parlement vaudois.

Article 24 Négociations

La CTAE relève une contradiction ou du moins un certain flou dans les règles qui seraient à respecter pour pouvoir engager des négociations. En effet :

- selon l'article 24, alinéa 1, l'adjudicateur peut engager avec les soumissionnaires des négociations portant sur les prestations, les modalités de leur exécution et la rémunération, si l'appel d'offres le prévoit **ou** si l'évaluation des offres ne permet pas de déterminer clairement l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction des critères d'adjudication annoncés ;

- alors qu’à l’alinéa 2 du même article, les négociations sont admises **pour autant** qu’elles aient été annoncées dans l’appel d’offres.

La commission tient à souligner que par offre économiquement la plus avantageuse, il s’agit bien de l’offre la "mieux-disante", ou autrement dit de celle offrant le meilleur rapport qualité/prix.

Dans ce sens, l’article 31, alinéa 1, spécifie qu’outre les prix de la prestation, l’adjudicateur peut notamment prendre en considération d’autres critères, tels que la qualité, la convenance de la prestation, les délais, la valeur technique, l’esthétique, les coûts d’exploitation, le développement durable, la créativité, le service après-vente, l’infrastructure. Aux yeux de la CTAE, cette énumération de critères alternatifs (ou complémentaires) au seul critère de l’économicité (offre économiquement la plus avantageuse) est fondamentale. Or, la réglementation prévue pour les négociations dans la nouvelle teneur projetée de l’AIMP ne reflète que très imparfaitement les possibilités ouvertes par l’art. 31 al. 1 du projet AIMP. La commission estime que les conditions requises pour ouvrir la voie des négociations doivent être précisées dans le sens indiqué ci-dessus.

Concernant l’autorisation de négociations à proprement parler, la CTAE se déclare attachée au principe d’intangibilité de l’offre qui permet uniquement au soumissionnaire de modifier des erreurs purement arithmétiques. L’AIMP mentionne d’ailleurs, dans son rapport explicatif, que les négociations ne doivent pas permettre aux soumissionnaires d’optimiser leur offre à posteriori.

Sur cette base, la CTAE se déclare sceptique quant aux critères de mise en œuvre de négociations par l’adjudicateur, dans les procédures de marchés publics. La CTAE n’est pas opposée par principe à l’ouverture des négociations mais tient à exprimer de sérieux doutes quant à la plus-value que cela pourrait apporter.

La CTAE craint que l’engagement de négociations lors des procédures de marchés publics ne génère des problèmes supplémentaires, tels que :

- le calcul d’une marge sur leurs prix par les soumissionnaires, en vue des négociations ;
- des décisions d’adjudication moins transparentes, voire arbitraires ;
- la complexité de déterminer des éléments sur lesquels on peut négocier ; et le risque de renforcer la prépondérance du prix dans les négociations, au détriment de critères sociaux, de qualité, de qualification et de développement durable ;
- les difficultés à fixer des règles puis à mener des négociations, en particulier pour des petites communes, des établissements ou des fondations de droit public qui manquent de compétences ou d’expérience dans les procédures d’adjudications ;
- les complications en cas de recours sur les négociations et la durée de ces procédures.

Article 52 Recours

La CTAE souligne l’incohérence de la valeur fixée à 150'000 francs pour que les décisions de l’adjudicateur puissent faire l’objet d’un recours auprès du Tribunal administratif cantonal (Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal dans le canton de Vaud).

En effet, cette valeur de 150'000 francs ne tient pas compte du type de marché et ne correspond pas à certaines valeurs seuils des marchés publics non soumis aux traités internationaux. Il en découle un certain nombre d’incohérences qui peinent à s’expliquer.

La CTAE relève deux cas qui montrent le caractère inopportun de cette valeur de 150'000 francs :

1. Suppression d’une voie de recours

La procédure sur invitation s’applique à des marchés de fournitures de 100'000 à 250'000 francs et, actuellement, peut faire l’objet d’un recours dans les dix jours, selon l’article 10, alinéa 1 LMP-VD.

En fixant la valeur minimum à 150'000 francs pour recourir, le nouvel Accord supprimerait une voie de droit de recours aux soumissionnaires pour ces marchés de fournitures entre 100'000 et 150'000 francs mais le maintiendrait entre 150'000 et 250'000 francs, ce qui paraît fondé sur aucune logique.

2. Ouverture d'une voie de recours

A l'inverse, la procédure de gré à gré – adjudication directe à un soumissionnaire, sans appel d'offres – s'applique pour les marchés de construction de gros œuvre jusqu'à une valeur seuil de 300'000 francs.

En fixant une valeur du marché à 150'000 francs pour recourir, le projet d'Accord ouvre théoriquement une voie de droit inappropriée et peu compréhensible pour une procédure de gré à gré.

La CTAE soutient le droit de recours en dessous des seuils internationaux, mais ne voit pas l'intérêt d'introduire « inutilement » des incohérences en fixant une valeur minimum du marché à 150'000 francs. Il conviendrait bien plutôt de prévoir une valeur minimale pour les recours, modulée selon les types de marchés.

De manière générale, la CTAE salue la volonté d'harmonisation des règles sur les marchés publics au niveau fédéral et intercantonal, qui devrait permettre de diminuer significativement les dispositions d'exécution cantonales.

Elle a pris note d'un compromis entre Confédération et cantons pour, d'une part, ouvrir des voies de droit en dessous des valeurs seuils définies par les accords internationaux et, d'autre part, autoriser les négociations.

L'AiMp mentionne que le projet d'AIMP n'aboutira que si les deux modifications sont acceptées. La CTAE réitère toutefois son scepticisme face aux négociations et sa critique par rapport à la valeur minimum du marché de 150'000 francs pour pouvoir faire recours.

Autres commentaires

Lors de l'examen général sur ce projet de modification de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), la CTAE a encore discuté des articles 13 et 31 portant sur le respect d'exigences sociales et environnementales lors d'adjudications.

Pour les prestations exécutées sur territoire vaudois, l'Accord (AIMP) doit garantir que les soumissionnaires respectent les conditions de travail en vigueur dans le Canton de Vaud, également les dispositions des CCT² cantonales étendues qui doivent primer. Le respect de ces dispositions (salaires, conditions de travail, protection des travailleurs, sécurité au travail, etc.), y compris par les sous-traitants, doit éviter les distorsions de concurrence.

Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral (ATF 2D_58/2013 du 24 septembre 2014), l'autorité adjudicatrice peut aller au-delà de simples exigences légales si une base légale spécifique le prévoit. La CTAE exprime le souhait que la révision de l'AIMP prévoie une base légale aussi claire que possible pour que les autorités adjudicatrices puissent prévoir comme critères de soumission des exigences de nature sociale ou environnementale.

La CTAE s'est ainsi montrée sensible aux caractéristiques sociales, ainsi qu'aux critères environnementaux et de développement durable.

² Conventions collectives de travail (CCT)

A ce sujet, la CTAE demande en particulier que les textes indiquent que l'adjudicateur peut exiger l'utilisation de matière première locale dont il dispose. Ce critère concerne par exemple l'utilisation de bois de forêts dont l'adjudicateur (Canton ou commune) est propriétaire.

Selon les spécialistes du CCMP-VD³, si l'adjudicateur dispose d'un produit, il peut exiger qu'il soit utilisé pour l'exécution du marché, en l'indiquant dans le cahier des charges de l'appel d'offres. La mise en œuvre d'une telle exigence pose toutefois une série de problèmes complexes.

Concernant l'impact environnemental par rapport à l'éloignement des fournisseurs (transport, distance), il est primordial de prévoir des critères quantifiables. Le nouvel Accord n'apporte pas de changement au niveau de critères environnementaux. En regard du principe de non-discrimination dans les marchés publics, l'adjudicateur doit réussir à prouver que l'avantage d'une option indigène est significatif.

Par rapport à l'alinéa 4 de l'article 46 concernant les délais, qui prévoit d'abaisser le délai de remise d'offre à au moins 20 jours pour les marchés non soumis aux accords internationaux, la CTAE relève qu'il s'agit d'un délai minimum. Elle exprime le souhait que les délais fixés en pratique par les adjudicateurs permettent toujours, en fonction de la complexité du marché, à un nombre suffisant de soumissionnaires de participer aux appels d'offres, y compris aux petites entreprises locales qui auraient besoin de plus de temps pour répondre.

4. CONCLUSION

La Commission thématique des affaires extérieures du Grand Conseil vaudois remercie par avance la DTAP et l'AiMp de l'attention qu'ils porteront à sa prise de position ainsi qu'à ses commentaires, ainsi annexés à la prise de position du Conseil d'Etat du Canton de Vaud.

Raphaël Mahaim

*Président de la Commission des affaires extérieures
du Grand Conseil vaudois*

Pampigny, le 15 décembre 2014

³ Centre de compétences sur les marchés publics du canton de Vaud (CCMP-VD)