

REPONSE DU CONSEIL D'ETAT

**à la Résolution Sébastien Cala et consorts
au nom de la commission ad'hoc chargée des EMPD 225 & 226 –
Utiliser les outils que le Canton de Vaud promet pour des marchés publics éthiques
(21_RES_2)**

Rappel de l'intervention parlementaire

Par la présente résolution, nous demandons que lorsque le Canton de Vaud octroie des subventions pour la réalisation d'infrastructures dont la construction est soumise aux Marchés Publics, il demande aux bénéficiaires de mettre en œuvre les lignes directrices des documents établis par le Groupe vaudois pour des marchés publics éthiques[1], à savoir :

- La Charte éthique vaudoise des marchés publics.*
- Le Guide pratique pour le respect des aspects sociaux.*

[1] Ce groupe réunit les principaux acteurs du domaine de la construction dans le canton de Vaud. Pour plus d'informations, veuillez consulter le site internet suivant : <https://marchespublics-vaud.ch/>

Réponse du Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat tient à rappeler en préambule que lorsque l'Etat subventionne la réalisation de prestations de travaux, il n'intervient pas comme pouvoir adjudicateur dans le cadre de tels marchés. Le bénéficiaire de la subvention assume généralement ce rôle et c'est donc à lui d'organiser et d'adjuger les marchés en question dans le respect de la législation sur les marchés publics. L'obligation de respecter le droit des marchés publics incombant à tout bénéficiaire de subvention en sa qualité d'adjudicateur est d'ailleurs rappelée (dans « *un but didactique* », précise l'Exposé des motifs et projet de loi sur les subventions, p. 7407) aux art. 23, al. 4 LSubv et 24, al. 4 LSubv.

Outre la régularité formelle des procédures marchés publics et des différents actes qui marquent leur déroulement, plusieurs principes et exigences doivent être observés pour assurer une concurrence loyale et efficace entre les entreprises, notamment : respect des conditions de travail et des dispositions relatives à la protection des travailleurs, interdiction du travail au noir et égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, paiement des impôts et des cotisations sociales exigibles. La conformité à ces différentes exigences, plus connues sous le nom de « conditions de participation au marché », ne va cependant pas de soi et nécessite une forme de contrôle de la part des adjudicateurs. A cet effet, et en sus des exigences légales existantes, les documents établis par le Groupe vaudois pour des marchés publics éthiques évoqués par l'auteur de la résolution illustrent, à travers diverses mesures, quelles actions les adjudicateurs peuvent entreprendre pour empêcher, sinon diminuer les risques de violation des conditions de participation par les soumissionnaires et leurs sous-traitants durant la phase d'attribution du marché mais aussi durant la phase d'exécution qui lui succède.

L'auteur de la résolution semble toutefois d'avis qu'en tant qu'entité allouant des subventions, l'Etat se doit de rappeler leurs devoirs aux pouvoirs adjudicateurs dont les marchés bénéficient d'un tel financement public.

Le Conseil d'Etat partage de longue date l'objectif qui ressort de la résolution, à savoir la promotion dans le canton de marchés publics davantage responsables du point de vue éthique.

Dès 2016 et à nouveau en 2018, le Conseil d'Etat a ainsi activement contribué, dans le cadre du Groupe vaudois pour des marchés publics éthiques, à l'établissement de la Charte éthique des marchés publics et du Guide pratique pour le respect des aspects sociaux, dont l'auteur de la résolution entend que leur respect soit imposé aux entités subventionnées. Ces documents présentent, il est vrai, l'avantage de faire mieux connaître et de rendre plus intelligibles les dispositions promouvant des marchés publics éthiques que contenait, déjà, le cadre légal antérieur composé de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP 1994/2001), de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (aLMP-VD) et du règlement d'application du 7 juillet 2004 de la loi sur les marchés publics (aRLMP-VD) (il est renvoyé à cet égard au Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur la Motion Georges Zünd et consorts – Travailler à livre ouvert pour plus de transparence et moins de surcoûts dans les marchés publics, 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 et projet de loi sur les marchés publics [21_LEG_82], p. 37).

Le Conseil d'Etat se félicite que, dans la continuité du droit antérieur, le droit des marchés publics révisé entré en vigueur dans le canton de Vaud le 1^{er} janvier 2023 – composé de l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP), de la loi vaudoise du 14 juin 2022 sur les marchés publics (LMP-VD) et du règlement du 29 juin 2022 d'application de la loi sur les marchés publics (RLMP-VD) – promeuve encore davantage des marchés publics plus responsables.

En effet, dans le sens des préoccupations exprimées par l'auteur de la résolution, l'art. 26, al. 1 AIMP consacre désormais expressément l'obligation pour l'adjudicateur de s'assurer que les soumissionnaires et leurs sous-traitants (ces derniers ayant été annoncés lors de la remise des offres et ne pouvant être modifiés que pour de justes motifs : art. 5, al. 1 et 2 LMP-VD) respectent les conditions de participation au marché. L'adjudicateur doit ainsi s'assurer que les participants au marché sont à jour du paiement de leurs impôts et cotisations sociales, qu'ils ne concluent pas d'accords illicites affectant la concurrence et qu'ils respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les conditions de travail, les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi fédérale sur le travail au noir (LTN), les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes ainsi que le droit de l'environnement. Le législateur vaudois a souhaité doter l'adjudicateur de moyens efficaces pour accomplir le devoir de contrôle pesant sur lui dès la procédure d'adjudication et se prolongeant au stade de l'exécution du marché (art. 26, al. 1 AIMP).

Il peut ainsi exiger des soumissionnaires et de leurs sous-traitants qu'ils fournissent les preuves du respect des conditions de participation au marché (art. 2 RLMP-VD et annexe 1 afférente, proposant des exemples de pièces exigibles par l'adjudicateur : autodéclaration, attestation et/ou carte professionnelle délivrée par la commission professionnelle paritaire compétente, attestation de l'autorité fiscale compétente, etc.). En outre, l'adjudicateur peut imposer – du moins durant l'exécution des marchés qui s'y prêtent – 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 (art. 8, al. 3 LMP-VD). L'efficacité du contrôle des conditions de participation par les adjudicateurs est, au demeurant, renforcée par le précieux appui que leur procurent les organes paritaires institués par les conventions collectives de travail : ceux-ci informent les adjudicateurs (d'office ou sur demande) de l'ouverture de procédures de contrôle de l'application des conditions de travail par les soumissionnaires et leurs sous-traitants, de leur résultat et des éventuelles mesures prises (art. 12, al. 5 et 6 AIMP ; art. 8, al. 2 LMP-VD). Mérite également d'être signalée la mission de sensibilisation des différents acteurs confiée aux associations professionnelles (art. 3 RLMP-VD), qui contribue à la diffusion de bonnes pratiques. Quant à l'arsenal de sanctions auxquelles s'exposent les soumissionnaires et sous-traitants en cas de violation des conditions de participation, il est particulièrement fourni et diversifié : aux sanctions en main des adjudicateurs (exclusion de la procédure, révocation de l'adjudication, etc. [art. 44 AIMP] ; application des peines conventionnelles qui auront été obligatoirement insérées dans le contrat conclu avec le soumissionnaire retenu [art. 7 LMP-VD]), s'ajoutent celles applicables d'office ou sur dénonciation (art. 11, al. 3 LMP-VD) par l'autorité de surveillance des marchés publics (avertissement, exclusion des futurs marchés publics pour une durée maximale de 5 ans, amende pouvant aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre [art. 45, al. 1 AIMP], publicité de telles mesures à l'égard de tout adjudicateur [art. 45, al. 3 AIMP] ; dénonciation à la Commission de la concurrence en cas d'accord illicite affectant la concurrence [art. 45, al. 2 AIMP] ; exclusion des futurs marchés publics pour une durée maximale de 5 ans en cas de travail au noir, publication de l'exclusion sur le site du SECO [art. 12 LMP-VD en relation avec l'art. 13 LTN]). L'effectivité du nouveau dispositif est, au demeurant, renforcée par les sanctions auxquelles sont soumis les adjudicateurs violant leurs obligations fondées sur le droit des marchés publics. Ainsi, non seulement les adjudicateurs ayant bénéficié de subventions peuvent, à l'instar de tout adjudicateur, faire l'objet d'une intervention de l'autorité de surveillance des marchés publics (art. 45, al. 4 AIMP et art. 11 LMP-VD), mais ils s'exposent également à ce que l'entité qui alloue la subvention prononce une décision de suppression ou de restitution de la subvention (art. 45, al. 5 AIMP).

Deux autres mesures du droit révisé méritent par ailleurs d'être signalées comme contribuant à rendre les marchés publics plus responsables : d'une part, l'interdiction de principe du recours à la sous-traitance (art. 5, al. 3 LMP-VD) ; d'autre part, l'obligation d'annonce à l'adjudicateur, pour contrôle et approbation, de tout recours à la location de personnel par le soumissionnaire ou ses sous-traitants (art. 6 LMP-VD)¹.

Le Conseil d'Etat tient enfin à souligner que pour ce qui concerne ses marchés, l'administration cantonale respecte l'ensemble des exigences susmentionnées, conformément à sa directive interne mise à jour le 18 janvier 2023. Il signale par ailleurs que l'attention des correspondant.e.s marchés publics de l'ACV a été dûment attirée sur ce point dans un courriel qui leur a été adressé début février 2023 par le Centre de compétences sur les marchés publics du canton de Vaud (CCMP-VD), les informant – notamment – de l'actualisation du document intitulé « Procédure de contrôle des soumissionnaires et de leurs sous-traitants dans le cadre de l'attribution de marchés par l'Etat de Vaud – secteur de la construction » ; document au demeurant librement accessible et dont la mise à jour a également été annoncée dans la lettre d'information des marchés publics à laquelle tout un chacun peut s'inscrire sur la page Marchés publics de l'Etat. Un article portant sur le respect et le contrôle des conditions de participation paru dans le périodique Canton-Communes de juin 2023, diffusé lui aussi sur la page Marchés publics de l'Etat, contribue à sensibiliser plus largement encore l'ensemble des adjudicateurs et soumissionnaires à leurs droits et obligations.

En définitive, le nouveau droit des marchés publics entré en vigueur le 1^{er} janvier 2023 et les mesures d'accompagnement prises dans ce cadre répondent pleinement aux préoccupations de l'auteur de la résolution.

¹ Par arrêt du 1^{er} mai 2023, la Cour constitutionnelle a rejeté la requête déposée à l'encontre de l'art. 6 LMP-VD. Un recours contre cet arrêt est actuellement pendant au Tribunal fédéral.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 16 août 2023.

La présidente :

Le chancelier a.i. :

C. Luisier Brodard

F. Vodoz