

RAPPORT DU CONSEIL D'ETAT AU GRAND CONSEIL
sur le postulat Valérie Schwaar et consorts au nom de la Commission de gestion - Anticiper :
maître-mot en vue des futurs investissements importants du canton

1 RAPPEL DU POSTULAT

Le nombre des investissements immobiliers à venir du canton est important (Pôle muséal, Cluster du sport international, Hôpital Riviera-Chablais, Hôpital des enfants, rénovation de l'Hôpital psychiatrique de Cery, Centre d'enseignement post obligatoire de l'*Ouest lausannois*, etc.). Ils ont été voulus et votés par le parlement et certains sont déjà en cours de réalisation. Face à plusieurs grands chantiers qui vont s'ouvrir sous peu, la Commission de gestion a le souci de s'assurer que des enseignements ont été tirés des problèmes survenus lors de récentes réalisations, notamment la construction du bâtiment de l'Unil, Géopolis, certes déjà en exploitation, mais dont le dossier, eu égard aux difficultés rencontrées lors du chantier, est encore en cours. La procédure de sursis concordataire étant, à l'heure actuelle, encore ouverte.

La réflexion issue de difficultés passées, doit permettre d'anticiper les problèmes potentiels. Dans cette optique, le présent postulat souhaite que le Conseil d'Etat :

1. Décrive les éléments qui ont posé problème lors des récentes constructions (supérieures à 10 mois), dont notamment Géopolis, et indique ce qu'il a entrepris pour éviter qu'ils ne se reproduisent.
2. Explicite son point de vue quant à l'opportunité d'effectuer un ensemble d'études préalables avant appel d'offres.
3. Présente son appréciation des avantages et des inconvénients quant au couplage d'un projet architectural et d'une entreprise générale en entreprise totale.
4. Dresse un bilan des avantages et des inconvénients relatifs au choix d'une entreprise générale pour mener à bien un projet, notamment lorsqu'il s'agit de négocier la participation, sous la forme d'un pourcentage du coût de construction, des entreprises cantonales. Qu'il indique à quel moment ou phase une telle négociation peut ou doit être formalisée.
5. Expose l'évolution de sa pratique, en regard de l'adoption par les Chambres fédérales de l'article 839 alinéa 4 du Code civil introduisant une caution publique (entrée en vigueur le 01.01.2012). Par ailleurs, le Conseil d'Etat pense-t-il instaurer une " veille " juridique permettant d'anticiper au mieux les conséquences d'un nouvel article de loi fédérale ?

6. Explique quelles sont ses exigences concernant la qualification, notamment l'expertise technique, des membres du collège d'experts chargé de l'analyse du concours d'une part, et d'autre part indique qui assume la responsabilité technique des choix effectués. L'expertise doit-elle également être à même de comprendre l'organisation et le fonctionnement d'une entreprise générale ?
7. Fournisse une estimation ainsi qu'une appréciation du nombre d'experts (cf. pt. 6) internes à l'Etat de Vaud qualifiés pour conduire de grands chantiers.
8. Détaille sa pratique face au montant et à la forme des garanties demandées, notamment l'exigence de consignation avant chantier : la garantie est-elle systématiquement bloquée ? sous quelle forme ? de quelle manière l'Etat s'assure-t-il que l'entier de la somme en question est réellement bloqué ?
9. Définisse sa politique d'information en cours de chantier, notamment à l'égard du parlement, lorsque surviennent des difficultés importantes ou des changements notables par rapport au projet initial.
10. Expose sa réflexion sur la procédure actuelle des marchés publics et sur la marge de manoeuvre pour adapter, à court et moyen termes, la législation cantonale dans ce domaine.

Considérant le nombre d'investissements d'importance votés par notre parlement, et par là, le nombre de projets en cours ou imminents, la Commission de gestion demande un renvoi direct au Conseil d'Etat.

Prise en considération immédiate.

(Signé) Valérie Schwaar et 2 cosignataires

2 RAPPORT DU CONSEIL D'ETAT

En préambule, le Conseil d'Etat tient à rappeler le caractère exceptionnel de l'événement survenu en 2012. Il n'y a pas de précédent connu dans le canton de Vaud où une entreprise générale s'est trouvée en défaut de paiement en cours de chantier. Il importe aussi de rappeler que la réaction a été rapide et que l'Etat a assuré le cautionnement de la majeure partie des entreprises sous-traitantes afin d'éviter des faillites en cascades. En outre, le Conseil d'Etat a décidé en juillet 2012 de confier la conduite des chantiers importants de l'Université au Comité de pilotage (COFIL) des constructions universitaires. Ce COFIL est constitué de la Direction générale de l'enseignement supérieur (DGES), du Service immeubles, patrimoine et logistique (SIPAL) et de l'Université de Lausanne représentée par le rectorat. Ce comité de pilotage est présidé par la DGES. Cette organisation mise en place en mars 2013 remplace le Bureau de construction de l'Université de Lausanne-Dorigny (BUD) dissous au 31 décembre 2012. L'Université de Lausanne, par son Service des bâtiments (UNIBAT), se charge désormais de l'entretien et de l'exploitation des bâtiments, ainsi que des chantiers de moindre importance.

Pour prévenir ce genre d'événement, l'Etat prend de nombreuses précautions dans l'attribution des travaux et dans le suivi des chantiers.

Le Conseil d'Etat est en mesure de répondre de la manière suivante aux demandes formulées.

1. *Le postulat souhaite que le Conseil d'Etat décrive les éléments qui ont posé problème lors des récentes constructions (supérieures à 10 millions), dont notamment Géopolis, et indique ce qu'il a entrepris pour éviter qu'ils ne se reproduisent.*

Avant celui de Géopolis, le chantier de La Croisée à Orbe a provoqué des difficultés dès 2006. Le bouclage en 2008 a révélé un dépassement des coûts de 8% dû à des contrôles insuffisants. Cet événement a conduit l'Etat à instaurer un controlling plus rigoureux avec la possibilité de bloquer des travaux dès que les vérifications comptables laissent soupçonner des difficultés. Les directives administratives du SIPAL prévoient explicitement ces blocages et les mandataires sont prévenus de ces dispositions. Le cas de Géopolis a conduit l'Etat à se montrer plus ferme sur la production des documents de garantie lors de l'établissement du contrat, quitte à accepter le risque d'une résiliation de l'adjudication. Désormais, les entreprises totales et générales sont tenues de fournir des garanties attestant de leur capacité financière (ce renforcement est explicité au pt 8 du présent rapport). D'une manière plus générale, les grands chantiers provoquent naturellement des difficultés organisationnelles, suscitent plus régulièrement des recours de la part des entreprises écartées et rencontrent davantage d'oppositions. En raison de toutes ces contraintes, l'Etat nomme des personnes expérimentées pour les chantiers de grande envergure, sachant l'importance des réglementations mais aussi de l'expérience.

- 2. Le postulat souhaite que le Conseil d'Etat explicite son point de vue quant à l'opportunité d'effectuer un ensemble d'études préalables avant appel d'offres.*

Des études de détail et un devis général sont systématiquement réalisés en amont avec un degré de précision important. Ces études préalables s'imposent en vertu des normes SIA relatives aux prestations délivrées dans le cadre d'un mandat. Elles permettent d'apporter des améliorations au projet afin de tendre au plus près de l'objectif. Lors d'appels d'offres traditionnels ou lors du recours à une entreprise générale, le maître d'ouvrage se charge de toutes les études préalables. Lorsque l'Etat fait appel à une entreprise totale, il effectue des études plus sommaires. L'Etat rédige dans ce dernier cas un appel d'offres qui comprend les exigences qualitatives. Charge est faite à l'entreprise de se livrer aux études de détail. Les expériences récentes (agrandissement de la HEIG-VD à Yverdon-les-Bains, agrandissements de la prison la Croisée et de celle de La Colonie à Orbe) ont démontré la pertinence d'avoir fait appel dans ces cas précis à des entreprises totales (cf. pt 3). Dans ces cas, l'Etat a réalisé, avant l'appel d'offres en entreprise totale, des avant-projets pour définir précisément le projet.

- 3. Le postulat souhaite que le Conseil d'Etat présente son appréciation des avantages et des inconvénients quant au couplage d'un projet architectural et d'une entreprise générale en entreprise totale.*

Le recours à une entreprise totale (ou générale) présente comme principal avantage de raccourcir les délais de réalisation d'un chantier. Il permet aussi de déléguer la coordination entre les corps de métiers. Il facilite un plafonnement des coûts. Il a enfin l'avantage de centraliser les responsabilités. Mais cette centralisation devient un inconvénient majeur en cas de défaut de paiement. Le maître d'ouvrage se voit ainsi contraint de rémunérer une seconde fois certaines prestations. Le recours à une entreprise totale paraît en définitive pertinent pour certains grands chantiers, dont la réalisation ne souffre aucun délai et qui ne présentent pas de grande complexité. Il s'agit par exemple des prisons où les normes sont très contraignantes et les standards connus et imposés. L'Etat disposant des forces vives et des compétences pour coordonner les autres chantiers lors d'appels d'offres traditionnels, le Conseil d'Etat estime que, dans ces derniers cas, il n'est pas nécessaire de recourir à une entreprise totale. Le recours aux appels d'offres traditionnels assure également une plus grande souplesse dans la réalisation.

4. *Le postulat souhaite que le Conseil d'Etat dresse un bilan des avantages et des inconvénients relatifs au choix d'une entreprise générale pour mener à bien un projet, notamment lorsqu'il s'agit de négocier la participation, sous la forme d'un pourcentage du coût de construction, des entreprises cantonales. Qu'il indique à quel moment ou phase une telle négociation peut ou doit être formalisée.*

La loi sur les marchés publics interdit de telles négociations. Elle ne permet pas de favoriser des entreprises locales ou cantonales puisque seuls les critères de prix, de qualité et d'organisation sont pris en compte. Le recours à une entreprise générale (ou totale) simplifie le travail des services constructeurs de l'Etat et s'avère parfois indispensable pour mener de front l'ensemble des chantiers en cours et envisagés par l'Etat. L'entreprise générale (ou totale) a l'obligation d'annoncer tous ses sous-traitants avant le lancement du chantier ou, en cas de besoin, avant la réalisation des travaux par un nouveau sous-traitant. Ces sous-traitants sont contraints de se conformer au cahier des charges imposé par l'Etat à l'entreprise générale (ou totale), notamment en ce qui concerne la lutte contre le travail au noir. Dans les faits, le risque de recours au travail au noir reste plus important lorsque l'Etat passe par une entreprise générale (ou totale) que lorsqu'il mandate séparément des corps de métier (appels d'offres traditionnels). C'est pour cette raison que l'Etat insiste sur la responsabilité de l'entreprise générale (ou totale) en la matière.

5. *Le postulat souhaite que le Conseil d'Etat expose l'évolution de sa pratique, en regard de l'adoption par les Chambres fédérales de l'article 839 al. 4 du Code civil introduisant une caution publique (entrée en vigueur le 01.01.2012). Par ailleurs, le Conseil d'Etat pense-t-il instaurer une " veille " juridique permettant d'anticiper au mieux les conséquences d'un nouvel article de loi fédérale ?*

Cet article de loi qui vise à protéger les entreprises sous-traitantes qui travaillent pour une collectivité publique n'a pas changé la pratique de l'Etat de Vaud. Comme signalé en préambule, le défaut de paiement d'une entreprise totale ou générale s'avère rarissime. Dans les faits, l'Etat constructeur intervient pour pallier un défaut de paiement d'une entreprise à l'égard de ses sous-traitants. De fait, cette nouvelle disposition ne devrait s'appliquer que dans des circonstances exceptionnelles et d'une extrême rareté. C'est pourquoi elle n'influence pas la pratique des services constructeurs. S'agissant de la "veille juridique", le Conseil d'Etat rappelle que le canton est en principe consulté sur toutes les modifications légales initiées par la Confédération. Dans ce cadre, le Conseil d'Etat tente à chaque fois d'évaluer les conséquences que pourrait avoir la réforme envisagée au plan cantonal, même s'il est parfois difficile d'en mesurer exactement la portée dans l'abstrait. Ensuite, les objets ayant les conséquences les plus importantes pour le canton font l'objet d'un suivi par l'Office des affaires extérieures, qui renseigne le Conseil d'Etat et, le cas échéant, la députation vaudoise aux Chambres fédérales. Cela étant, on doit rappeler ici que le pouvoir d'intervention du canton dans ce type de projets est limité.

6. *Le postulat souhaite que le Conseil d'Etat explique quelles sont ses exigences concernant la qualification, notamment l'expertise technique, des membres du collège d'experts chargé de l'analyse du concours d'une part, et d'autre part indique qui assume la responsabilité technique des choix effectués. L'expertise doit-elle également être à même de comprendre l'organisation et le fonctionnement d'une entreprise générale ?*

Les investissements immobiliers importants de l'Etat, soumis à la loi sur les marchés publics, font l'objet d'un concours ou d'un appel d'offres. La procédure, le règlement et le cahier des charges sont validés par les collèges des personnes expertes mis sur pied pour ces occasions. Ils sont notamment constitués de spécialistes de la construction et de l'aménagement du territoire. Ces collèges agissent dans le respect des normes SIA qui fixent clairement les règles à appliquer. Les membres professionnels des concours ou des appels d'offres doivent avoir des qualifications au moins équivalentes à celles de concurrents qu'ils doivent départager. Ces membres professionnels sont issus des services constructeurs de l'Etat ou recrutés dans les associations professionnelles pour leur expérience et pour leurs compétences reconnues dans les domaines sur lesquels portent les concours ou les appels d'offres. Ces règles s'appliquent dans tous les cas de figure.

7. *Le postulat souhaite que le Conseil d'Etat fournisse une estimation ainsi qu'une appréciation du nombre d'experts (cf. pt. 6) internes à l'Etat de Vaud qualifiés pour conduire de grands chantiers.*

Au vu du nombre de chantiers importants ouverts ou projetés, l'Etat mandate des experts externes pour certains grands chantiers. Lorsque l'Etat recourt aux entreprises totales, un contrôle accru s'avère nécessaire. En effet, en entreprise totale, l'architecte est employé par l'entreprise et non mandaté par le maître d'ouvrage. Il s'ensuit que le maître d'ouvrage doit engager un autre architecte qui le représente pour superviser le chantier. Et, ce type de chantiers se multipliant, l'Etat n'a pas le nombre suffisant de collaboratrices et de collaborateurs rompus à ce type de constructions importantes. C'est la raison pour laquelle le Canton recourt régulièrement à des bureaux spécialisés et leur délègue la maîtrise d'ouvrage. Ces bureaux spécialisés supervisent les travaux de l'entreprise totale (ou générale) au nom et pour le compte de l'Etat.

Malgré ce constat, le Conseil d'Etat n'estime pas souffrir d'un déficit de personnes expertes à l'interne dans la mesure où le recours partiel à des forces externes constitue un apport et permet de confronter les points de vue. Il permet des échanges fructueux entre les spécialistes de la fonction publique et ceux du monde privé.

8. *Le postulat souhaite que le Conseil d'Etat détaille sa pratique face au montant et à la forme des garanties demandées, notamment l'exigence de consignation avant chantier : la garantie est-elle systématiquement bloquée ? sous quelle forme ? de quelle manière l'Etat s'assure-t-il que l'entier de la somme en question est réellement bloqué ?*

Le processus de garantie vient d'être renforcé par un nouveau formulaire qui permet de démontrer la capacité financière de l'entreprise totale ou générale. Ce document résulte de l'expérience de Géopolis. L'entreprise doit désormais fournir une attestation de fiduciaire démontrant que le montant des travaux mis en soumission est inférieur ou égal à 30% du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise soumissionnaire. Cette exigence vient s'ajouter à celles qui existent déjà depuis des années. L'entreprise est en effet tenue de produire une copie de l'attestation de son assurance en responsabilité civile d'entreprise. Elle doit de surcroît donner deux garanties financières, la première (garantie de bonne fin d'exécution de l'ouvrage) pour assurer l'exécution de l'ouvrage, la seconde (garantie d'exécution des travaux dès la réception de l'ouvrage) pour couvrir les risques après l'achèvement des travaux. Dans le cas d'un marché traditionnel par lots séparés, une garantie de bonne fin d'exécution de l'ouvrage peut être exigée en cas de demande d'acompte pour la fabrication en atelier d'ascenseurs, de monoblocs de

ventilation ou de façades. Cette situation ne se produit que rarement. Les entreprises préfèrent renoncer à leur demande d'acompte plutôt que de fournir une garantie coûteuse.

9. *Le postulat souhaite que le Conseil d'Etat définisse sa politique d'information en cours de chantier, notamment à l'égard du Parlement, lorsque surviennent des difficultés importantes ou des changements notables par rapport au projet initial.*

Les difficultés importantes nécessitent par définition des moyens supplémentaires. Aussi la Commission des finances ou le Grand Conseil sont-ils informés des éléments problématiques puisque l'adoption des crédits additionnels relève de l'une des deux instances selon le montant en jeu. Ainsi, lors des difficultés rencontrées dans le cadre du chantier de Géopolis, le Conseil d'Etat a présenté devant le Grand Conseil une demande de crédit additionnel. Il en va de même en cas de changements notables. Si le changement envisagé ne nécessite pas de ressources supplémentaires, le Conseil d'Etat soumet la modification au Grand Conseil dans la mesure où le projet modifié ne correspond plus à l'exposé des motifs et projet de décret voté initialement par le parlement. Il s'agit d'une exigence légale.

10. *Le postulat souhaite que le Conseil d'Etat expose sa réflexion sur la procédure actuelle des marchés publics et sur la marge de manœuvre pour adapter, à court et moyen termes, la législation cantonale dans ce domaine.* Le fondement du droit des marchés publics suisse est l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP), accord international ratifié par la Suisse dont les dispositions ont été transposées au niveau de la Confédération, dans la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et son ordonnance d'application (OMP) et, au niveau cantonal, dans l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) et les lois et règlements des différents cantons. La loi fédérale sur les marchés publics règle ainsi les marchés de la Confédération et de ses entités proches, tandis que l'AIMP et les lois cantonales règlent les marchés des entités de niveau inférieur (cantons, communes, organe assumant des tâches cantonales ou communales).

En 2012, à la suite d'un long processus de révision, un nouvel accord international AMP révisé a été adopté et est entré en vigueur le 6 avril 2014. Cette révision de l'AMP a rendu nécessaire une adaptation du droit des marchés publics au niveau suisse, adaptation qui s'est traduite par un nouveau projet d'Accord intercantonal (P-AIMP) et par un nouveau projet de loi fédérale sur les marchés publics. Le P-AIMP a fait l'objet d'une large consultation publique dans le canton de Vaud entre le 24 septembre et le 20 novembre 2014. La synthèse de cette consultation a fait l'objet d'une détermination du Conseil d'Etat vaudois adressée à l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) le 19 décembre dernier.

A l'occasion de la mise en consultation du projet d'accord intercantonal sur les marchés publics (P-AIMP), le Conseil d'Etat s'est employé à analyser les différentes dispositions du projet et à les critiquer lorsque cela s'avérait nécessaire tout en proposant des améliorations ou des compléments. Dans sa détermination, il a invité l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) à introduire de nouvelles dispositions destinées à accélérer le déroulement des procédures de recours lorsqu'elles concernent des marchés s'inscrivant dans la réalisation de projets d'intérêt public. Il a également réclamé qu'une marge de manœuvre suffisante soit laissée aux cantons pour leur permettre de durcir le régime prévu par le P-AIMP en matière de lutte contre la sous-enchère salariale et sociale et ainsi maintenir les dispositions récemment introduites dans le règlement vaudois sur les marchés publics.

Hormis sur les points évoqués dans sa détermination, la marge de manœuvre dont dispose le

Conseil d'Etat pour adapter, à court et moyen termes, la législation cantonale en matière de marchés publics, soit la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD) et son règlement d'application (RLMP-VD), est largement tributaire du contenu du projet d'Accord intercantonal sur les marchés publics.

En effet, profitant de la révision induite par l'AMP révisé, les cantons ont approuvé le principe d'intégrer dans le futur accord intercantonal les Directives d'exécution de l'AIMP (DEMP), soit les dispositions sur lesquelles les cantons se sont généralement basés pour édicter leur propre législation sur les marchés publics ; dans le canton de Vaud, la LMP-VD et le RLMP-VD. De ce fait, le projet d'AIMP révisé contient 64 articles qui régissent la matière en détail et présente l'avantage d'établir des règles identiques à tous les cantons pour régler des problématiques aussi diverses que le contenu des avis d'appel d'offres, l'exclusion des soumissionnaires, l'interruption de la procédure ou encore le prononcé de sanctions à l'encontre des soumissionnaires. Cette harmonisation de la matière au niveau intercantonal est bienvenue. En effet, elle simplifiera grandement le travail des soumissionnaires qui ne devraient plus avoir à compter à l'avenir avec des subtilités propres au canton dans lequel ils soumissionnent et contribuera davantage à assurer leur égalité de traitement face aux adjudicateurs. Ces derniers bénéficieront, pour leur part, d'un nouvel accord plus complet et présentant davantage de clarté. Enfin, les apports de la doctrine et de la jurisprudence devraient profiter à l'avenir à tous les acteurs des marchés publics puisqu'ils se focaliseront sur un seul et même texte contre 26 à l'heure actuelle. A terme, les différentes législations cantonales sur les marchés publics seront largement épurées puisque la quasi totalité des dispositions régissant les marchés publics seront contenues dans l'AIMP révisé.

Dans la droite ligne de la détermination déposée dans le cadre de la consultation sur le P-AIMP, le Conseil d'Etat a déposé au Grand Conseil un projet de modification de la loi sur la procédure administrative (LPA-VD) et de la loi vaudoise sur les marchés publics (LMP-VD) destiné à favoriser la célérité des procédures.

En conclusion, le Conseil d'Etat estime que les précautions et mesures prises actuellement sont un rempart suffisant pour éviter des difficultés financières. Ajouter de nouvelles exigences pourrait constituer un frein aux investissements. Or, le Grand Conseil a, à plusieurs reprises, fait savoir qu'il voulait que les projets de construction votés par ses soins soient réalisés dans de meilleurs délais. Le gouvernement ne peut garantir qu'il ne surviendra plus un cas similaire à Géopolis. Il estime cependant que tout est mis en œuvre pour éviter la répétition d'une telle affaire sans toutefois imposer un carcan trop lourd aux services constructeurs. Selon lui, renforcer le filet réglementaire reviendrait à appliquer un remède pire que le mal que l'on veut combattre. Comme souligné dans le préambule, le cas de Géopolis est unique à ce jour. Les mesures prises à la suite de Géopolis devraient prémunir l'Etat dans la grande majorité des défauts de paiement futurs.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 13 mai 2015.

Le président :

P.-Y. Maillard

Le chancelier :

V. Grandjean