

Les conditions concurrentielles appliquées aux marchés publics des communes

Audit portant sur
8 communes de
taille moyenne



Rapport n° 23

du 12 décembre 2012

Images de couverture : Thèmes analysés dans l'audit

RÉSUMÉ

Enjeux et objectifs de l'audit

Dans le canton de Vaud, les marchés publics organisés par les pouvoirs publics représentent près de CHF 2.5 milliards par année, dont CHF 1 milliard environ pour les communes. Ces marchés sont régis par la loi vaudoise sur les marchés publics qui fixe un certain nombre de règles et procédures à respecter par l'adjudicateur en vue d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires tout en leur garantissant l'égalité de traitement. Le Canton, les communes ainsi que toutes les entités vaudoises accomplissant des tâches publiques ou bénéficiant de subventions¹ sont soumis à cette législation.

Un précédent audit de la Cour des comptes, consacré à l'analyse de l'organisation des marchés publics par le Canton², avait pointé un certain nombre de manquements liés à la mise en place des conditions cadres. Il avait notamment mis en lumière la difficulté d'organiser des marchés publics pour les entités confrontées de manière occasionnelle à ces procédures. Le présent audit s'inscrit dans la suite de cette première étude et porte directement sur l'analyse de cas concrets de marchés publics dans huit communes de taille moyenne. Son objectif est d'analyser la conformité de ces marchés, sous l'angle des conditions concurrentielles appliquées aux soumissionnaires, ainsi que d'évaluer l'impact des difficultés d'application de la législation en vue de proposer des pistes d'amélioration.

Un premier volet de l'audit a porté sur les marchés publics concernant des objets d'investissement ayant fait l'objet d'un préavis municipal liés à trois domaines spécifiques : la construction de collèges, de collecteurs et de routes. Au total, ce sont les marchés de 51 préavis municipaux qui ont été examinés pour un montant de CHF 85.8 millions. Dans un autre volet les prestations de services répétitives ont été examinées: 37 prestations dépassant potentiellement le seuil des procédures concurrentielles (équivalant à CHF 15 millions sur quatre ans) ont été identifiées sur la base du compte de fonctionnement des communes.

Résultats de l'audit

Un contexte d'application peu favorable

La Cour a tout d'abord constaté que le contexte d'application de la législation sur les marchés publics (LMP) est peu favorable pour les communes de petite et moyenne taille. La législation est complexe, certains aspects ne sont pas clairs ou sont régis par une jurisprudence difficile d'accès. D'autre part, les offres de formation pour les agents publics sont largement insuffisantes. Si les cas standards ne posent pas ou peu de problèmes d'application de la loi,

¹ Entités subventionnés à plus de 50 % du coût total (art. 1 al. 1 LMP-VD)

² Rapport No 18 de la Cour des comptes "Audit de l'application de la législation sur les marchés publics dans le canton de Vaud", novembre 2011

les communes se retrouvent souvent démunies lorsqu'elles sont confrontées à des marchés atypiques et compliqués, notamment pour la construction d'ouvrages de grande envergure.

Marchés d'investissements : effets concurrentiels perceptibles mais non-conformités nombreuses

La Cour relève que les communes s'efforcent de se conformer aux principes de la législation sur les marchés publics pour les objets d'investissements, notamment en déléguant cette tâche à des mandataires externes. Il a également été constaté que les procédures mises en place pour les marchés communaux contribuent dans une certaine mesure à stimuler la concurrence. Les effets sont perceptibles tant au niveau du nombre des offres reçues que du prix, puisqu'en moyenne les marchés analysés génèrent 4.5 offres et l'écart entre l'offre la plus chère et celle ayant remporté le marché s'élève à 26%.

Cependant, malgré les efforts consentis, plus de 80% des objets d'investissements décrits dans les préavis municipaux comprennent des marchés publics présentant des non-conformités à la LMP ou aux principes de bonne pratique concurrentielle. Ces non-conformités représentent soit un risque, soit une atteinte directe aux principes d'efficacité de la concurrence et d'égalité de traitement entre soumissionnaires. La Cour a catégorisé les préavis comportant des non-conformités en fonction de leur importance : on relève que plus de la moitié comportent des marchés dont la non-conformité est jugée d'importance élevée (40%) ou très élevée (20%).

Les marchés échappant à la procédure ouverte constituent la principale non-conformité d'importance très élevée. Près du quart des marchés principaux dont la valeur est supérieure à la procédure ouverte (7 préavis sur 27) ont soit fait l'objet d'une mauvaise délimitation (marchés dits « saucissonnés ») ou ont été passés selon une procédure inadéquate (sur invitation ou de gré à gré).

Comme autre non-conformité d'importance très élevée, on relève l'attribution de deux marchés principaux liés à un préavis municipal ayant contrevenu au principe d'égalité de traitement, l'adjudicataire n'étant pas celui ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse dans le délai fixé par la procédure.

On note également que plusieurs cas de non-conformités (dont trois jugés d'importance très élevée ou élevée) sont liés à la réalisation dans l'urgence de constructions scolaires.

Le plus grand nombre de non-conformités toutes catégories confondues porte toutefois sur l'ouverture des offres. En effet, pour une majorité de marchés, le procès-verbal d'ouverture des offres comporte des irrégularités alors qu'il devrait permettre de s'assurer que les enveloppes contenant les soumissions sont toutes parvenues dans les délais et ont été ouvertes simultanément. Quant à la définition des critères d'évaluation des offres, elle a été jugée non-conforme pour les marchés de près de 40% des préavis.

Prestations de services répétitives: une nécessité d'appliquer la LMP largement méconnue

Les marchés relatifs aux prestations de services répétitives sont jugés non-conformes dans leur quasi-totalité. En effet, la nécessité de considérer leur valeur sur quatre ans étant largement méconnue des communes, la plupart ont été organisés soit selon la procédure de gré à gré alors qu'une procédure concurrentielle s'imposait, soit sur invitation en lieu et place d'une procédure ouverte. Les prestations principalement concernées sont le ramassage des déchets, la coupe du bois et le débardage ainsi que les prestations d'ingénieurs, de géomètres ou d'architectes.

Conclusions et recommandations

Pour prévenir ces non-conformités à la législation sur les marchés publics et leurs conséquences négatives sur les conditions de concurrence, la Cour formule six recommandations.

Comme les problèmes constatés résultent en grande partie de l'insuffisance de la formation des organisateurs de marchés publics ainsi que d'un manque de clarté de la législation, il est recommandé de développer à la fois une offre de formation adaptée aux pouvoirs adjudicateurs - ainsi qu'à leurs mandataires - et de mettre à jour les supports d'information qui permettent de clarifier des problèmes d'application de la loi sur les marchés publics. La Cour recommande également qu'un soutien soit mis en place en faveur des communes afin de les guider dans le choix des procédures à appliquer en cas d'organisation de projets de construction complexes.

De leur côté, les communes sont également invitées à établir une procédure de contrôle pour les étapes-clé des procédures de marchés publics et à désigner un référent pour cette tâche.

Compte tenu des problèmes spécifiques liés à l'urgence constatée dans plusieurs constructions scolaires et à leur impact négatif sur la conformité des marchés publics, la Cour recommande également d'assurer une meilleure planification de ce domaine en développant la coordination entre les acteurs concernés, en accord avec les principes prévus dans la nouvelle loi sur l'enseignement obligatoire (LEO).

Enfin, l'autorité en charge de la surveillance de l'application de la loi (art. 14 LMP-VD) est invitée à remplir sa mission de manière effective auprès des entités adjudicatrices, afin de les inciter concrètement à mieux appliquer les principes de cette législation qui vise au final une utilisation parcimonieuse des deniers publics par le choix de « l'offre économiquement la plus avantageuse ».

La Cour rappelle que le présent rapport est destiné à analyser une situation et à informer le public. Il ne saurait interférer ou se substituer à des enquêtes administratives ou pénales.

La Cour formule les réserves d'usage pour le cas où des documents, des éléments ou des faits ne lui auraient pas été communiqués, ou l'auraient été de manière incomplète ou inappropriée, éléments qui auraient pu avoir pour conséquence des constatations et/ou des recommandations inadéquates.

Au terme de ses travaux, la Cour des comptes tient à remercier toutes les personnes qui lui ont permis de réaliser cet audit. Elle souligne la disponibilité de ses interlocuteurs, de même que la diligence et le suivi mis à la préparation et à la fourniture des documents et des données requis.

* * *

TABLEAU DES CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS

N°	CONSTATATIONS	RECOMMANDATIONS	PAGE
1	L'offre de formation sur l'application des procédures en matière de marchés publics est largement insuffisante.	Développer une offre de formation qui soit adaptée aux tâches, compétences et responsabilités des différents agents publics (municipalité, services techniques communaux) ainsi que pour leurs mandataires.	49
2	Différents domaines d'application de la loi ne sont pas suffisamment clarifiés, notamment la question portant sur la sollicitation de plusieurs offres dans la procédure de gré à gré.	Mettre à jour les aspects relevant de la situation vaudoise du « Guide romand des marchés publics » ³ et clarifier différentes notions techniques selon les besoins de chaque catégorie d'utilisateurs (représentants du pouvoir adjudicateur, services techniques, mandataires, entités chargées du contrôle des procédures, etc.). La sollicitation de plusieurs offres dans la procédure de gré à gré est notamment un sujet de doctrine controversé. Elle devrait être définie de manière explicite afin de permettre l'alignement de la pratique des communes avec le dispositif légal et de la distinguer formellement de la procédure sur invitation.	49
3	Différentes possibilités s'offrent aux communes lorsqu'elles souhaitent mettre en œuvre des projets de construction importants. Elles sont toutefois démunies pour connaître l'implication de leurs décisions sur leurs projets en relation avec l'application des procédures de marchés publics.	Les communes devraient pouvoir bénéficier d'un soutien leur permettant de clarifier les enjeux et les contraintes des différentes formes d'organisation de leurs marchés (concours, mandat d'études parallèles, appel d'offres fonctionnel, autres procédures, etc.), avec les options particulières qu'elles peuvent mettre en œuvre lorsqu'elles se réfèrent aux normes professionnelles des acteurs du domaine de la construction.	50

³ Cette base de références techniques est éditée par la Conférence romande des marchés publics (CROMP)

N°	CONSTATATIONS	RECOMMANDATIONS	PAGE
4	Les différentes mesures de contrôle que les communes mettent en place pour s'assurer du respect des procédures sont réduites et non formalisées. Pour les objets d'investissement, ces vérifications devraient prendre en compte les différentes étapes du projet, soit de la planification au décompte final. En outre, il convient également de contrôler les procédures appliquées aux prestations de services et aux achats répétitifs.	Renforcer le contrôle interne et, en particulier, documenter les contrôles clés. Désigner un spécialiste agissant comme référent - sur un plan communal ou intercommunal - pour l'application des procédures en matière de marché public, ainsi que pour le respect des conditions concurrentielles.	50
5	La surveillance prévue par la loi (LMP-VD) n'est pas effective.	Conformément à la loi, mettre en œuvre de manière effective par l'autorité compétente la surveillance de l'application de la législation sur les marchés publics (art. 14 LMP-VD).	51
6	La situation actuelle ne permet pas une planification adéquate des constructions scolaires qui incombent aux communes alors qu'elles doivent faire face à des besoins complexes et croissants. A un degré élevé, des carences de planification peuvent amener le pouvoir adjudicateur à conduire des investissements en urgence sans appliquer les conditions concurrentielles prévues par la législation.	Assurer une meilleure planification en matière de constructions scolaires par une coordination développée entre les différents acteurs (Canton, communes, associations de communes, directions scolaires) – telle que le prévoit la nouvelle loi scolaire - afin de permettre un meilleur respect de l'application des conditions concurrentielles dans les marchés publics rattachés à ce domaine. D'une manière générale, et pour tous les domaines d'investissement, une planification adéquate diminue le risque de devoir recourir à la procédure d'urgence prévue à l'article 8 RLMP-VD.	51

TABLE DES MATIÈRES

Liste des principales abréviations utilisées	3
1. Respect de la législation sur les marchés publics - Une obligation pour toutes les entités publiques	4
1.1. Rappel des principes de la loi, types de procédures et seuils	4
1.2. Des enjeux financiers élevés	5
1.3. Nécessité d'examiner des cas concrets	5
1.4. Un environnement général peu favorable aux communes auditées	6
2. Les objectifs et l'approche de l'audit	9
2.1. Les objectifs de l'audit	9
2.2. Concentration sur l'examen des conditions de concurrence	9
2.3. Les entités contrôlées - Sélection de 8 communes de taille moyenne	10
2.4. AXE I : Analyse de cas concrets	10
2.5. AXE II : Examen de l'organisation mise en place par les communes	11
2.6. La collecte et l'analyse des informations	12
2.7. Les conclusions et le rapport	12
3. Quelle organisation mise en place dans les communes analysées ?	13
3.1. Vue d'ensemble	13
3.2. Nécessité de clarification des rôles entre le pouvoir adjudicateur et ses mandataires	13
3.3. Besoin de supervision des procédures appliquées	14
4. Descriptif des marchés publics examinés sur la base des préavis municipaux	15
4.1. Types d'investissements et procédures mises en œuvre	15
4.2. Les effets de la concurrence pour les marchés sous revue	18
5. Résultats de l'examen des cas concrets : les non-conformités importantes concernent plus de la moitié des cas	21
5.1. L'importance de la non-conformité dépend avant tout de son impact	21
5.2. Un préavis sur cinq touché par une non-conformité d'importance très élevée	23
5.3. Près de 40% des préavis touchés par une non-conformité d'importance élevée	25
5.4. Les non-conformités d'importance moyenne : fréquentes - mais d'impact moindre sur la concurrence	29

5.5.	Synthèse des non-conformités selon l'étape de la procédure	33
5.6.	Examen des décomptes finaux	34
5.7.	Contrôles à mettre en œuvre en interne pour les étapes critiques de la procédure	35
6.	Les marchés publics pour les prestations de services répétitives: une obligation méconnue	36
6.1.	La valeur du marché pour les prestations répétitives se calcule sur quatre ans	36
6.2.	Des prestations estimées à près de CHF 16 millions sur quatre ans dans les communes analysées	37
6.3.	Ramassage des déchets : principale prestation concernée	37
6.4.	Prestations des ingénieurs, architectes et géomètres : les marchés publics s'y appliquent également	39
6.5.	Contrôles à mettre en place pour assurer la conformité des procédures pour les prestations de services	40
7.	Problèmes particuliers d'application	41
7.1.	Importance de la phase de planification	41
7.2.	Les procédures "hybrides" : un statut flou	44
7.3.	Les possibilités de l'adjudicateur de modifier son appel d'offres : des limites restrictives mais peu claires !	46
7.4.	Correction du contenu des offres reçues : une marge de manoeuvre restreinte qui est peu connue	47
8.	Conclusions et recommandations	48
8.1.	Réponses aux questions d'audit	48
8.2.	Constatations et recommandations	49
9.	Observations des entités auditées	52
9.1.	Communes auditées	
10.	Autres prises de position	64
10.1.	Secrétariat général du Département cantonal des Infrastructures et des Ressources Humaines	64
10.2.	Direction Organisation et Planification - Direction générale de l'enseignement obligatoire - Département cantonal de la Formation, de la Jeunesse et de la Culture	69
10.3.	Service Immeuble, Patrimoine et Logistique du Département cantonal des Finances et des Relations Extérieures	70
	Annexes	71

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS UTILISÉES

AIMP	:	Accord intercantonal sur les marchés publics
CDAP	:	Tribunal cantonal - Cour de droit administratif et public
FAO	:	Feuille des avis officiels du Canton de Vaud
GATT-OMC-AMP	:	Accord sur les marchés publics - General Agreement on Tariffs and Trade, Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, à l'origine de l'OMC en 1994
LMP	:	Législation sur les marchés publics
LMP-VD	:	Loi vaudoise sur les marchés publics du 24 juin 1996
OMC	:	Organisation mondiale du commerce
SIA	:	Société suisse des ingénieurs et des architectes SIA, Zurich (association au sens des art. 60ss Code civil suisse)
RLMP-VD	:	Règlement d'application de la loi sur les marchés publics du 7 juillet 2004
SeCRI	:	Service des communes et des relations institutionnelles - Département cantonal de l'intérieur
SIPaL	:	Service immeuble, Patrimoine et Logistique - Département cantonal des finances et des relations extérieures

1. Respect de la législation sur les marchés publics - Une obligation pour toutes les entités publiques

1.1. Rappel des principes de la loi, types de procédures et seuils

Le droit des marchés publics⁴ en Suisse est issu de l'intégration en droit interne de l'Accord GATT/OMC/AMP de 1994 et de l'Accord bilatéral entre la Suisse et la Communauté européenne de 2002. Cette transposition a été faite séparément pour la Confédération et, par chacun des cantons, dans le cadre de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), ce qui explique la dispersion des sources de droit interne. Toute entité de droit public de rang cantonal est donc assujettie à la législation sur les marchés publics de son canton.

Les objectifs de la législation vaudoise, de même que ceux prévalant au niveau national et intercantonal, peuvent être déclinés en quatre axes, ils visent à :

- promouvoir une concurrence efficace entre les fournisseurs de prestations publiques,
- garantir l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et l'impartialité de l'adjudication,
- assurer la transparence des procédures de passation des marchés,
- utiliser les deniers publics de manière parcimonieuse.

Types de procédures et seuils

Il faut distinguer trois principaux types de procédures⁵ qui doivent être mises en œuvre par le pouvoir adjudicateur⁶ selon la nature de la dépense et son montant.

Champ d'application	Fournitures (valeurs seuils en CHF)	Services (valeurs seuils en CHF)	Construction (valeurs seuils en CHF)	
			Second œuvre	Gros œuvre
Procédure de gré à gré	jusqu'à 100'000.-	jusqu'à 150'000.-	jusqu'à 150'000.-	jusqu'à 300'000.-
Procédure sur invitation	de 100'000.- à 250'000.-	de 150'000.- à 250'000.-	de 150'000.- à 250'000.-	de 300'000.- à 500'000.-
Procédure ouverte / sélective ⁷	dès 250'000.-	dès 250'000.-	dès 250'000.-	dès 500'000.-

⁴ Le rapport No 18 de la Cour des comptes "Audit de l'application de la législation sur les marchés publics dans le canton de Vaud" donne une définition plus large du contexte légal et réglementaire des marchés publics. Ce document est disponible sur le site web "www.vd.ch/cdc".

⁵ L'annexe I, ressortant du « Guide romand des marchés publics », présente un exemple des procédures à suivre pour les marchés de constructions (référéncée sous "Annexe B3" dans ce guide). Cette base de références techniques est éditée par la Conférence romande des marchés publics (CROMP).

⁶ Le pouvoir adjudicateur est l'entité publique responsable de l'application de la LMP pour ses achats.

⁷ La procédure sélective se déroule en deux tours. Au premier tour les candidats sont départagés sur la base de critères d'aptitude, et au deuxième tour sur la base de leur offre.

1.2. Des enjeux financiers élevés

Peu de chiffres récents sont disponibles, cependant une étude de la Confédération⁸ avait chiffré le volume financier représenté par les marchés publics à CHF 31 milliards pour tout le pays en 2002. Sur cette base, on peut considérer que les marchés publics des communes vaudoises des services, fournitures et constructions, se chiffrent à près de CHF 1 milliard par année, montant dont l'ordre de grandeur est corroboré par les estimations produites à partir des données concernant les finances publiques vaudoises.

1.3. Nécessité d'examiner des cas concrets

La Déclaration de Lima (norme ISSAI⁹ no 1) de 1977 fonde les principes directeurs de l'Organisation internationale des institutions supérieures de contrôle des finances publiques (INTOSAI). Cette déclaration, qui constitue le cadre de référence pour les Institutions supérieures de contrôle, contient un point spécifique lié à l'impératif de mise en concurrence des offres pour des mandats publics, soulignant la mission particulière de surveillance du respect de la législation sur les marchés publics des organes de contrôle des finances publiques.

La mise en œuvre d'un audit basé sur l'examen de cas concrets est en outre le prolongement logique des mesures d'amélioration ressortant des recommandations déjà émises par la Cour. Alors que cette précédente analyse¹⁰ portait sur l'organisation du Canton en la matière, le présent audit se concentre sur l'application concrète des conditions concurrentielles en matière de marchés publics au sein de différentes communes, qui constitue un autre domaine du champ de contrôle de la Cour.

Les constatations et recommandations du présent rapport visent à l'amélioration de la performance du dispositif mis en place au sein des communes pour appliquer la législation sur les marchés publics (LMP-VD).

⁸ « L'ouverture des marchés publics en Suisse sous l'angle juridique et économique », Contrôle parlementaire de l'administration (CPA), 14 mars 2002

⁹ ISSAI : International standards of supreme audit institutions (www.issai.org)

¹⁰ Le rapport No 18 de la Cour des comptes (déjà cité)

1.4. Un environnement général peu favorable aux communes auditées

Quelques aspects rendent plus difficile la pleine application de la loi sur les marchés publics, et cela est notamment plus marqué pour les communes de moyenne importance.

1.4.1. Difficulté générale d'appréhender les textes légaux

Les étapes des différentes procédures et l'importance de la jurisprudence et de la doctrine rendent l'application de la législation sur les marchés publics complexe. On relève notamment un manque de clarté dans :

- la définition du marché
- le type de marché (de fournitures, de construction, de gros ou de second œuvre, etc.)
- l'assujettissement à la LMP-VD d'entités extérieures à l'administration communale mais qui leur sont rattachées
- les pratiques autorisées ressortant de situations spécifiques décrites par la jurisprudence.

Les communes rencontrées doivent donc faire face à une pluralité des types de procédures - qui sont en elles-mêmes de nature complexe - et dont les conséquences ne sont pas claires pour elles.

1.4.2. Faiblesse des offres de formation pour les municipalités et autres agents publics

Il a été constaté une offre de formation très faible sur le domaine de l'application de la loi sur les marchés publics.

D'autre part, si quelques articles ponctuels dans les revues ou publications destinées aux communes¹¹ fournissent des explications sur les principes de cette législation, le contenu du support mis à disposition sur internet par le Centre de compétences sur les marchés publics du canton de Vaud est encore trop méconnu¹².

Cette instance met également en place des formations, mais celles-ci sont limitées ou trop spécifiques. A ce jour, elles ne portent que sur un cours d'initiation d'une demi-journée sur les marchés publics et un autre de 3 heures sur l'utilisation de la plateforme www.simap.ch¹³.

¹¹ Notamment l'aide-mémoire pour les municipalités vaudoises réalisé par le SeCRI (2011) qui contient un rappel concernant les principes de la législation sur les marchés publics (types de procédure, valeurs-seuils, etc.)

¹² <http://www.vd.ch/autorites/departements/dirh/secretariat-general/marches-publics/>

¹³ www.simap.ch est la plateforme électronique conjointe de la Confédération, des cantons et des communes dans le domaine des marchés publics. Les entités adjudicatrices doivent y publier leurs offres et, au besoin, y joindre les formulaires de soumission. Les entreprises et soumissionnaires intéressés peuvent prendre connaissance de l'ensemble des appels d'offres proposés en Suisse dont ils peuvent également télécharger les formulaires de soumission.

Quelques heures sont également dispensées sur le thème des marchés publics au sein de formations ponctuelles plus larges organisées tous les 2 ou 4 ans par l'Institut de hautes études en administration publique, Lausanne (IDHEAP).

1.4.3. Réticence des soumissionnaires à faire valoir leurs éventuelles contestations

Le risque de recours est de fait le seul moyen de pression exercé sur l'adjudicateur pour assurer la conformité des procédures.

Cependant, les soumissionnaires sont souvent réticents à faire valoir leurs éventuelles contestations car ils s'exposent à ne plus être sollicités ni dans la procédure de gré à gré ni dans celle sur invitation, qui représentent à elles deux la majorité des marchés publics tant en nombre qu'en montant.

On note néanmoins une augmentation des recours en 2012 par rapport aux années précédentes et des communes plus exposées à ces procédures que les autres adjudicateurs.

Nombre de recours en matière de marchés publics dans le canton de Vaud entre 2009 et octobre 2012 (les recours ne sont pas tous traités l'année de leur dépôt)

Source : Tribunal cantonal, Cour de droit administratif et public (CDAP)

Entité adjudicatrice	2009				2010				2011				2012 (janvier à octobre)			
	Nombre de recours		Arrêt en faveur		Nombre de recours		Arrêt en faveur		Nombre de recours		Arrêt en faveur		Nombre de recours		Arrêt en faveur	
	Déposés	Retirés*	Adjudicateur	Recourant	Déposés	Retirés*	Adjudicateur	Recourant	Déposés	Retirés*	Adjudicateur	Recourant	Déposés	Retirés*	Adjudicateur	Recourant
Etat de Vaud	-	-	-	-	-	-	-	-	5	2	3	-	4	2	1	1
Entités subventionnées	4	2	1	1	8	5	1	2	5	3	2	-	5	2	1	-
Communes	15	6	5	4	20	11	7	2	12	8	4	-	26	9	12	1
Autres **	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1	-	-	-	-	-
Totaux	19	8	6	5	28	16	8	4	23	13	10	-	35	13	14	2
<i>Communes en % du total</i>	79 %	75 %	83 %	80 %	71 %	69 %	88 %	50 %	52 %	62 %	40 %	-	74 %	69 %	86 %	50 %

* y compris le classement pour défaut d'avance de frais ou recours devenu sans objet

** entité intercommunale hors canton

1.4.4. Une autorité de surveillance intervenant de manière réactive

L'autorité de surveillance des marchés publics pour le canton de Vaud est le Département des Infrastructures et des Ressources Humaines (DIRH) selon l'art. 14 LMP-VD.

Le chapitre X « Surveillance » du Règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD) porte uniquement sur la surveillance des soumissionnaires ainsi que sur des questions de statistiques et d'archivage.

La Cour relève que la surveillance n'est pas mise en œuvre de manière effective en ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs, l'autorité de surveillance intervenant de manière réactive¹⁴ aux cas qui lui sont transmis, notamment en adressant des courriers aux communes. Indépendamment de cette situation, son pouvoir de sanction reste très restreint (art 14a al.2 de la LMP-VD).

Le Secrétariat général du Département des Infrastructures et des Ressources Humaines mentionne cependant sur ce thème « les sanctions visées par l'article 14a LMP-VD concernent les adjudicataires à l'exclusion des pouvoirs adjudicateurs. Aucune sanction n'est prononcée en Suisse à l'encontre des pouvoirs adjudicateurs. »

¹⁴ L'art. 14a al.2 LMP-VD prévoit spécifiquement que le Département de infrastructures intervient « sur dénonciation ».

2. Les objectifs et l'approche de l'audit

2.1 Les objectifs de l'audit

L'objectif principal de l'audit est d'analyser, au travers de cas concrets, les conditions concurrentielles mises en place par les communes de taille moyenne lors d'acquisitions de prestations publiques (travaux d'investissements et prestations de services) en regard des impératifs de la législation sur les marchés publics et aux bonnes pratiques en matière de concurrence¹⁵. La question principale d'audit ressort ainsi de cet objectif (Axe I) :

Les conditions concurrentielles mises en oeuvre par les communes lors de la passation des marchés publics sont-elles conformes à la législation sur les marchés publics et aux règles de bonnes pratiques ?

Un objectif secondaire (Axe II) vise à examiner l'organisation, les procédures et les moyens de contrôle mis en place par la commune en matière de marchés publics. Ceux-ci ont en effet une influence directe sur le bon déroulement de la gestion de ces marchés et leur conformité. La question secondaire de l'audit est formulée ainsi :

Les communes ont-elles mis en place une organisation, des procédures et un système de contrôle adéquats pour réaliser et gérer leurs marchés publics conformément à la LMP-VD ?

2.2. Concentration sur l'examen des conditions de concurrence

Les conditions de concurrence constituent l'axe central qui fonde l'ensemble de la législation sur les marchés publics. En effet, selon la doctrine¹⁶ :

"Une concurrence aussi efficace que possible est **l'objectif ultime du législateur** à l'origine du droit des marchés publics ...
... Dans les textes, cet objectif n'apparaît pas prioritaire par rapport aux autres (transparence, ouverture et non-discrimination), mais il est en définitive le but ultime vers lequel tend tout le système des marchés publics".

¹⁵ En l'absence de référentiel en matière de « bonnes pratiques concurrentielles », la Cour s'est basée sur les avis d'experts pour les cas ne relevant pas directement de la LMP (voir chiffre 2.6)

¹⁶ Source : "Les effets juridiques de la concurrence dans le secteur de la construction", Prof Dr. J.-B. Zufferey, Prof. Dr. M. Amstutz, Me D. Esseiva, LL.M., avocat, Institut pour le droit suisse et international de la construction Université de Fribourg (Suisse).

2.3. Les entités contrôlées - Sélection de 8 communes de taille moyenne

Il a été choisi d'analyser 8 communes de taille moyenne (< 5000 habitants) réparties sur le territoire cantonal (2 par secteur soit Est, Nord, Centre et Ouest): Leysin, Villeneuve, Froideville, Le Chenit, Cheseaux-sur-Lausanne, St-Sulpice, Prangins et Prévèrenges.

Cette taille de population présuppose un certain volume des investissements qui sont proches des seuils prévus par les dispositions légales sur les marchés publics. En outre, les communes ont été sélectionnées de manière à favoriser la diversité des entités sous revue.

2.4 AXE I : Analyse de cas concrets

2.4.1. Préavis municipaux et prestations répétitives

Basée sur l'examen d'une sélection de préavis municipaux¹⁷ de la période 2005 à 2011, cette analyse porte essentiellement sur l'adéquation du choix de la procédure appliquée (gré à gré, invitation, procédure ouverte/sélective) en matière de marchés publics.

En outre, la Cour a analysé de manière plus détaillée le respect des conditions concurrentielles pour un choix d'investissements depuis la phase de planification jusqu'à celle du contrat, ou même du décompte final pour les chantiers terminés.

Enfin, la Cour a examiné des prestations répétitives de fournitures et de services. L'analyse a été basée sur les comptes annuels de l'exercice 2011 des communes analysées.

2.4.2. Type de marchés - investissements

Dans le but d'obtenir une certaine comparabilité dans les analyses des cas concrets retenus, trois types d'investissements ont été sélectionnés. Ils se retrouvent usuellement dans les investissements des communes vaudoises.

Il s'agit des investissements, au sens de l'art. 13 du règlement sur la comptabilité des communes (RCCom), qui portent sur les domaines suivants :

- La construction, la réhabilitation et la mise en séparatif des collecteurs d'évacuation des eaux claires et usées, y compris les travaux préparatoires (par exemple les frais d'études du PGEE) et/ou effectués simultanément (conduites d'eau potable, aménagements routiers, etc.).
- Les bâtiments scolaires pour l'enseignement obligatoire et leurs infrastructures directement liées (salles de sport, préaux, bibliothèques, etc.)

¹⁷ Selon l'art.14 du règlement sur la comptabilité des communes (RCCom) « Tout investissement fait l'objet d'un préavis au conseil général ou communal indiquant son but, le montant du crédit, le mode de financement, la durée d'amortissement et les charges d'exploitation qu'il entraîne (...) »

- Les routes relevant du champ de compétence des communes, au sens de la définition de l'art. 2 de la loi sur les routes (LRou) : voies de communication, giratoires, trottoirs, places de stationnement, carrefours, murs anti-bruits, chemins pédestres ou cyclistes, etc.

Ces trois domaines relèvent de la responsabilité et de l'autonomie des communes, le Canton n'intervenant en effet que pour délivrer les autorisations finales de construction¹⁸.

2.4.3. Type de marchés - Prestations répétitives

Si pour la majorité des prestations de services acquises auprès du secteur privé de manière ponctuelle, les montants correspondants sont situés en dessous des seuils des procédures concurrentielles et ne font pas l'objet de préavis municipaux, la manière dont la législation sur les marchés publics définit la valeur du marché pour les prestations répétitives, qui doit être calculée sur plusieurs années suivant le type de contrat¹⁹, peut poser des problèmes d'application pour certains adjudicateurs.

2.5 AXE II : Examen de l'organisation mise en place par les communes

Cet axe d'analyse - secondaire - porte sur les mesures mises place par les communes pour mettre en œuvre les procédures relatives aux marchés publics auxquelles elles sont confrontées.

Afin de focaliser l'audit sur l'examen de cas concrets (axe I), une sélection de thèmes a été abordée à ce titre. Ces travaux ont permis de décrire les pratiques et le dispositif mis en place par les communes concernées, et au besoin de proposer des mesures d'amélioration.

18 Pour le domaine des collecteurs d'évacuation des eaux claires et usées, le Canton a toutefois une mission plus étendue que pour les autres domaines, puisqu'il est chargé d'appliquer la loi fédérale sur la protection des eaux dont le règlement exige que des « plans généraux d'évacuation des eaux » soient disponibles sur tout leur territoire.

19 Pour les contrats de durée indéterminée, la valeur du marché est calculée sur quatre ans (ou plus spécifiquement sur 48 mois selon l'art. 4 al. 3 lettre b RLMP-VD). La reconduction tacite d'un contrat n'est en principe pas autorisée.

2.6. La collecte et l'analyse des informations

La Cour a conduit ses travaux conformément à sa méthodologie et à son « *Code de déontologie et Directives relatives à la qualité des audits* ». Ceux-ci respectent les normes de contrôle de l'Organisation Internationale des Institutions Supérieures de Contrôle des Finances Publiques (INTOSAI).

L'équipe d'audit était composée de M. Stefano Granieri, magistrat responsable, de M. Jacques Guyaz, magistrat suppléant, et de Madame Christina Maier, cheffe de mandat d'audit.

Les éléments probants constituant la base sur laquelle reposent les conclusions de l'audit ont été établis en fonction des questions d'audit pour chacun des axes de l'audit.

Le résultat de l'examen des dossiers a été validé par deux experts du domaine de la construction. En outre, la Cour a fait appel à l'Institut suisse et international du droit de la construction à Fribourg pour différentes questions juridiques, et en particulier celles en relation avec des éléments ressortant de la jurisprudence.

2.7. Les conclusions et le rapport

Une fois la collecte et l'analyse des informations probantes finalisées²⁰, les constats et recommandations ont été formulés dans une démarche qui se veut constructive afin d'amener une valeur ajoutée.

Le processus prescrit par la méthodologie de la Cour a ensuite été appliqué. Différentes séances de clôture se sont tenues avec chacune des communes analysées. Celles-ci ont permis de restituer les conclusions de l'audit et d'en présenter les recommandations.

Le projet de rapport a été approuvé par la Cour le 15 novembre 2012 puis adressé immédiatement aux entités auditées afin que celles-ci puissent formuler leurs observations (délai de 21 jours). Ces observations sont reproduites aux pages 52 et suivantes du présent rapport.

La Cour délibérant en séance plénière en date du 12 décembre 2012 a adopté le présent rapport public en présence de Mme Eliane Rey, présidente, M. Stefano Granieri, vice-président, Mme Anne Weill-Lévy, ainsi que de MM. Jacques Guyaz et Jean-Claude Rochat.

²⁰ Les quelques copies de justificatifs transmis après la clôture des travaux de la Cour - alors qu'ils n'étaient pas disponibles avant dans les dossiers mis à disposition - n'ont pas été pris en considération dans le présent rapport. Ces pièces ne sont cependant pas de nature à en changer notablement les conclusions.

3 Quelle organisation mise en place dans les communes analysées ?

3.1 Vue d'ensemble

Pour l'organisation de leurs marchés publics, les communes analysées recourent à des mandataires (architectes, ingénieurs, bureaux conseils) soit de manière systématique, soit en complément des services techniques de leur administration - pour les communes qui disposent de telles ressources - ceci en particulier pour les objets importants d'investissement (construction des bâtiments scolaires, infrastructures routières).

Indépendamment du fait qu'ils soient tous sensibilisés aux procédures applicables aux marchés publics, il y a peu de membres des Municipalités qui ont pu suivre une formation spécifique dans ce domaine. Cela est dû essentiellement à une offre de formation très réduite²¹ ainsi qu'au caractère de milice de la fonction dirigeante des communes analysées. Cependant, la plupart des collaborateurs des services techniques des communes auditées - pour celles qui disposent d'une telle unité - ont par contre suivi une formation de base dans ce domaine.

Dans ce contexte, il a également été relevé la méconnaissance du support disponible auprès du Centre de compétences sur les marchés publics du canton de Vaud (CCMP-VD), entité rattachée au Secrétariat général du Département cantonal des infrastructures.

A l'exception d'une commune qui a édité des instructions internes spécifiques au domaine des marchés publics, les différentes mesures de contrôle que les communes mettent en place pour s'assurer du respect des procédures sont réduites et non formalisées. Les entités auditées s'appuient dans les faits le plus souvent à la confiance qu'elles portent à leurs mandataires (architectes, ingénieurs, bureaux conseils).

3.2. Nécessité de clarification des rôles entre le pouvoir adjudicateur et ses mandataires

Les travaux de la Cour en matière d'examen de cas concrets ont mis en lumière la nécessité de clarifier les rôles du pouvoir adjudicateur et de ses mandataires. Il n'y a en effet que très peu de cas où le législateur spécifie lui-même qui doit accomplir les tâches des différentes étapes de la procédure.

C'est pourquoi la Cour propose en annexe II, avec le support de l'Institut pour le droit suisse et international de la construction à Fribourg et de ses propres experts, un tableau chronologique des tâches inaliénables du pouvoir adjudicateur et de celles qui sont généralement déléguées à ses mandataires, de même que celles dont la délégation n'est pas recommandée.

²¹ Il n'a été relevé que les cours sur une demi-journée organisés par la Fondation pour un Centre d'Education permanente, Lausanne (CEP) : "*Marchés publics : s'initier aux principes de base*"

3.3. Besoin de supervision des procédures appliquées

Compte tenu des contraintes inhérentes au système de milice auxquelles sont confrontées les communes de taille moyenne et petites, la Cour est d'avis que le pouvoir adjudicateur devrait avoir la possibilité de s'appuyer sur des tâches de supervision des procédures appliquées.

Celles-ci pourraient être prises en charge par un spécialiste désigné en tant que référent pour les questions liées aux marchés publics au sein de la commune, ou dans le cadre d'une collaboration intercommunale²².

²² Voir chiffre 5.7

4. Descriptif des marchés publics examinés sur la base des préavis municipaux

4.1 Types d'investissements et procédures mises en oeuvre

Durant les cinq années sous revue, les huit communes ont présenté 101 préavis municipaux portant sur les trois types d'investissement sélectionnés (collèges, collecteurs et routes) qui ont été transmis à la Cour pour l'audit. Pour l'examen, les préavis retenus sont ceux qui affichent un montant global suffisant pour faire l'objet d'une procédure concurrentielle (procédure sur invitation, procédure ouverte, procédure sélective ou concours). Il a d'autre part été décidé de limiter le nombre de préavis par commune à dix (les plus anciens n'ont dans ce cas pas été retenus).

Au total ce sont 51 préavis municipaux, représentant un montant de CHF 85.8 millions, qui ont été sélectionnés pour l'audit. Un objet d'investissement peut faire l'objet de plusieurs marchés publics, suivant la nature et le montant des prestations qui le caractérisent. Seuls les marchés soumis en procédures concurrentielles ont été examinés.

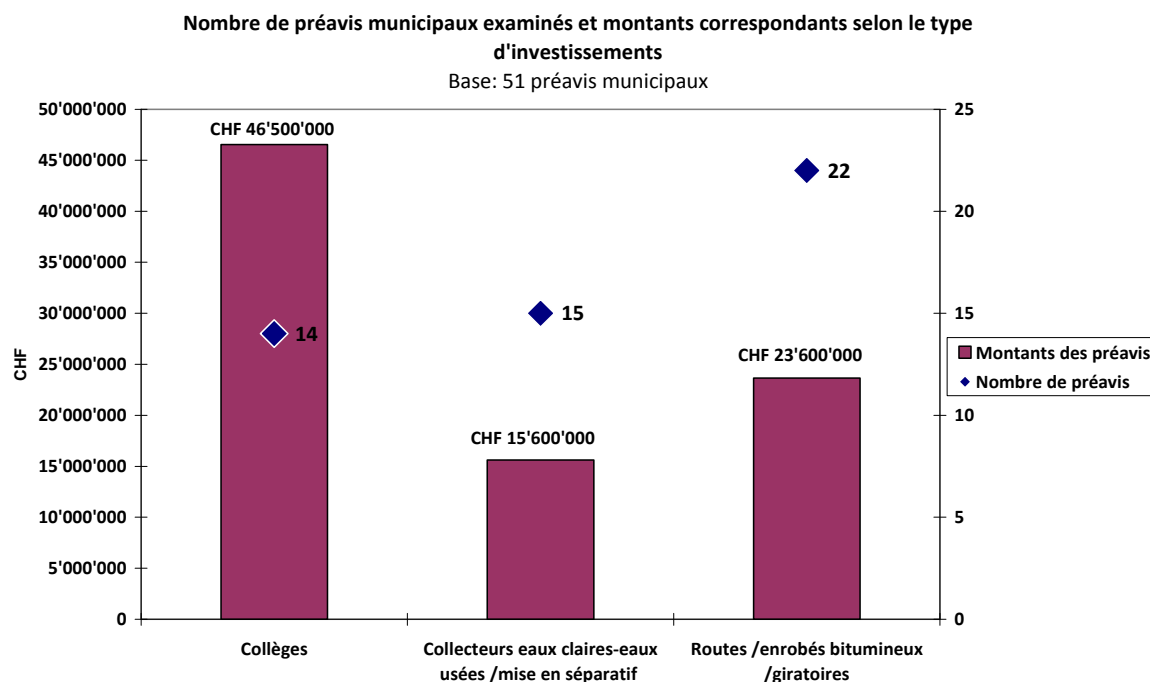
4.1.1 Nombre et complexité de ces investissements - des situations variables selon les communes

Les communes sélectionnées pour l'audit présentent un nombre variable de préavis municipaux concernant les trois domaines considérés allant de 3 à 10. Elles affichent de plus une grande différence entre le type et la valeur des objets de construction, signifiant que pour la période considérée, certaines ont dû organiser des marchés publics plus complexes que d'autres. Il a donc été décidé de présenter les résultats de manière condensée, les enseignements de cette analyse dépassant le cadre des huit communes examinées.

Commune	Nombre de préavis			Montants (en CHF)	en %
	Total	préavis de montant < CHF 300'000	Examinés		
	(1)	(2)	(1)-(2)		
Cheseaux-sur-Lausanne	6	1	5	7'554'544	9%
Froideville	10	2	8	14'193'000	17%
Le Chenit	10	0	10	15'327'500	18%
Leysin	10	6	4	4'126'000	5%
Prangins	3	0	3	3'338'000	4%
Préverenges	10	2	8	24'374'000	28%
St-Sulpice	8	1	7	5'158'870	6%
Villeneuve	6	0	6	11'728'000	14%
Total	63	12	51	85'799'914	100%

4.1.2 Les travaux pour les collèges représentent plus de la moitié des investissements examinés

Parmi les trois types d'objets d'investissements retenus, ce sont les bâtiments scolaires qui représentent le montant le plus élevé : CHF 46.5 millions, soit le 54% du total ; les investissements pour les travaux routiers s'élevant à CHF 23.6 millions (28%) et les collecteurs à CHF 15.6 millions (18%).



4.1.3 Les procédures ouvertes et sur invitation concernent chacune près de la moitié des préavis municipaux inclus dans l'audit

Sur les 51 objets d'investissements décrits dans les préavis municipaux examinés dans l'audit, près de la moitié doivent faire l'objet d'une procédure ouverte pour le marché principal (27) ; la procédure sur invitation concerne une proportion à peine plus faible (22 préavis). La procédure sélective a, quant à elle, été appliquée dans le cadre d'un préavis, de même que le concours et le mandat d'études parallèles. A noter que si ces trois types de procédures n'ont été utilisées que de manière marginale par les communes, elles portent sur des objets importants : 2 collèges et un projet de réaménagement routier pour le centre d'un village.

4.1.4 Caractéristiques des 130 marchés (ou lots) analysés

L'adjudicateur a la possibilité de découper l'objet d'investissement en plusieurs marchés pouvant chacun faire l'objet d'un appel d'offres séparé. Selon la jurisprudence, le périmètre minimum d'un marché de construction correspond aux travaux liés à un Code de frais de

construction (CFC) à 3 chiffres²³. Plusieurs marchés peuvent donc être organisés pour un seul préavis. L'adjudicateur, selon la liberté d'appréciation qui lui est conférée, peut également regrouper les marchés pour constituer un seul appel d'offres qu'il peut ensuite attribuer d'un bloc ou sous forme de lots séparés²⁴.

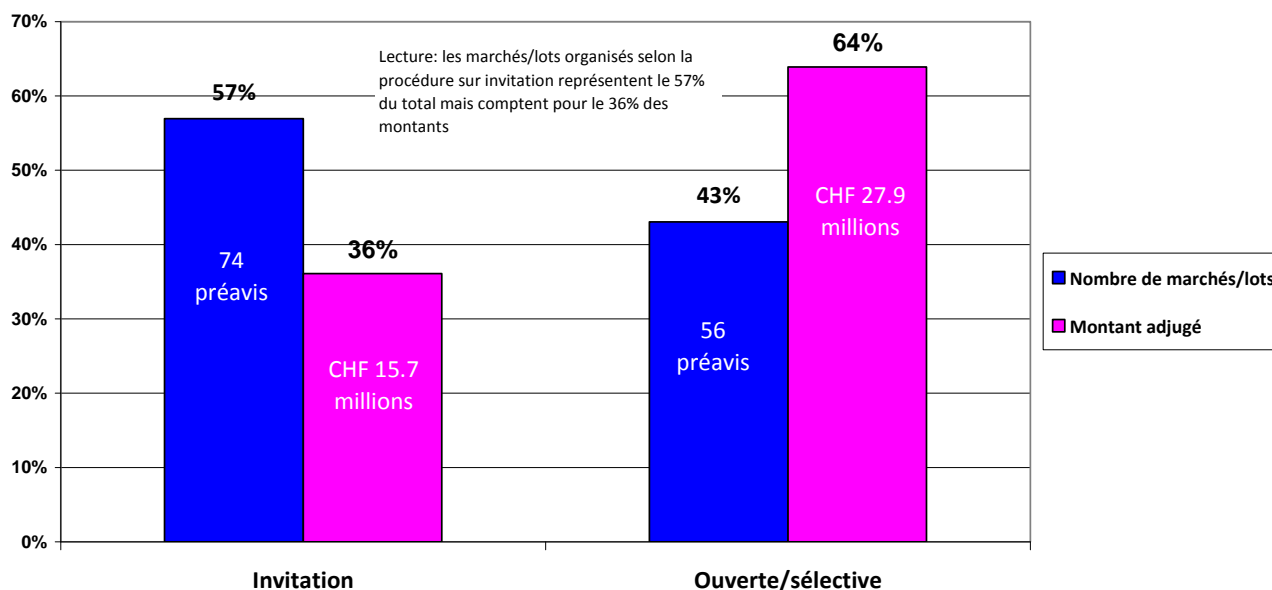
Les travaux d'audit ont permis de réunir les renseignements sur le nombre d'offres rentrées et les prix soumis concernant 130 marchés différents correspondant aux préavis examinés²⁵ et dont le montant est supérieur au seuil de mise en œuvre de la procédure sur invitation.

4.1.5 Une majorité de marchés en procédure sur invitation

Les marchés examinés et soumis en appel d'offres concurrentiels sont issus pour la majorité d'une procédure sur invitation (57%), mais le montant total qu'ils représentent est inférieur à celui correspondant aux marchés issus d'une procédure ouverte ou sélective²⁶ (36%).

Répartition des marchés ou lots adjugés concurrentiellement et montants correspondant selon le type de procédure (invitation ou ouverte/sélective)

Base: 130 marchés/lots sous revue



²³ Le Code des frais de construction (CFC) est la nomenclature édictée par la Société des ingénieurs et architectes suisses (SIA) pour définir les différents types de travaux et de prestations dans le domaine de la construction.

²⁴ Par souci de simplification, nous utiliserons uniquement le terme de « marchés » pour désigner l'ensemble des 130 marchés ou lots analysés.

²⁵ Il ne s'agit toutefois pas de la totalité des marchés et lots. Les données des marchés et lots qui n'ont pas encore été adjugés étant par essence non disponibles. De plus les renseignements liés aux marchés secondaires n'ont pas toujours été aisés à rassembler. Compte tenu du coût d'obtention de cette information et d'une sollicitation supplémentaire des communes, il a été jugé peu opportun de viser l'exhaustivité des renseignements, étant donné que ces derniers n'auraient apporté qu'une valeur ajoutée marginale par rapport à l'information déjà fournie par ces 130 marchés qui représentent un montant total de CHF 43.6 millions.

²⁶ Par la suite de cette section, nous utiliserons uniquement le terme de procédure ouverte, étant donné que seul un marché a été organisé en procédure sélective.

On note également une différence selon le type d'investissement : près des trois quarts des montants destinés à financer des travaux liés aux collèges sont adjugés en procédure ouverte, pour les constructions de route, ce pourcentage s'élève à 61%. Quant aux travaux relatifs aux collecteurs, ils sont adjugés en majorité sur invitation (53% des montants).

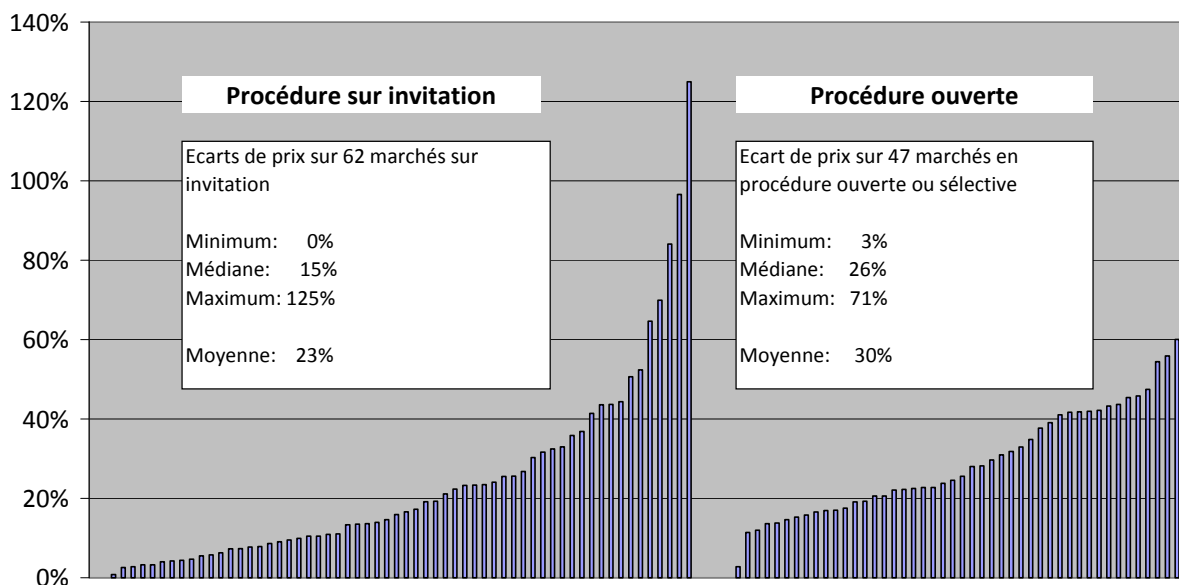
4.2. Les effets de la concurrence pour les marchés sous revue

Si l'audit n'avait pas pour objectif de mesurer la performance de la mise en œuvre de la législation sur les marchés publics, on peut toutefois extraire des résultats quelques informations décrivant les effets de la mise en concurrence des soumissionnaires pour les marchés examinés. L'écart entre le prix de l'offre la plus chère et celui de l'offre de l'adjudicataire renseigne notamment sur l'économie maximale réalisée grâce à l'application de procédures de marchés publics. Le nombre d'offres rentrées est un des éléments qui informe sur le degré de stimulation de concurrence suscité par l'appel d'offres.

4.2.1 Ecart moyen de prix de 26% entre l'offre la plus chère et celle de l'adjudicataire

Pour les marchés ayant généré deux offres et plus, soit 119 marchés sur 130, l'écart moyen entre le prix de l'offre la plus chère et celui de l'offre ayant remporté le marché s'élève à 26%. Cette moyenne varie cependant selon le type de procédure. Pour les procédures ouvertes, cet écart moyen est supérieur à celui de la procédure sur invitation : 30% contre 23%. La différence entre l'écart de prix maximum et minimum constatée est cependant plus élevée dans les procédures sur invitation (125%) que dans les procédures ouvertes (71%).

Ecart entre le prix de l'offre avec le montant le plus élevé et celle de l'adjudicataire (en %) pour les marchés soumis aux procédures sur invitation et aux procédures ouvertes par type de procédure



4.2.2 En moyenne 4.5 soumissions par appel d'offres

En moyenne parmi les marchés analysés, le nombre d'offres rentrées s'élève à 4.5. Les marchés soumis en procédure ouverte recueillent davantage d'offres que ceux soumis sur invitation : 6.8 contre 3.1. Ce résultat n'est pas surprenant dans la mesure où le nombre de soumissionnaires pour un marché soumis sur invitation est par nature plus limité.

4.2.3 Des procédures concurrentielles souvent appliquées même si la valeur du seuil n'est pas atteinte

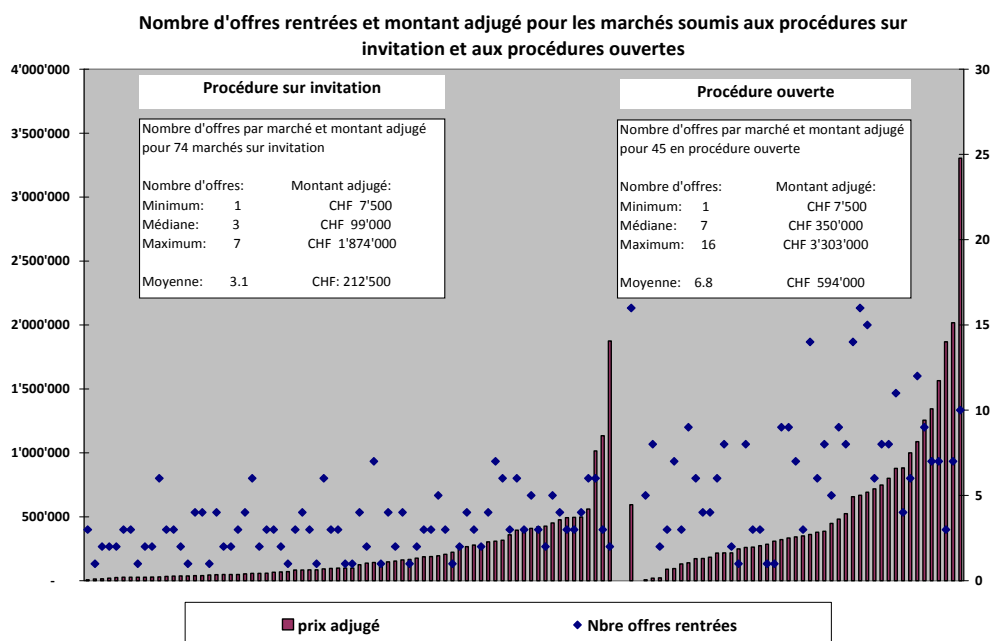
Quant au montant des offres soumises, il s'élève en moyenne à CHF 212'500 pour les marchés soumis sur invitation, valeur influencée par des marchés qui auraient dû faire l'objet d'une procédure ouverte. La valeur médiane²⁷ des marchés soumis sur invitation, soit CHF 99'000 est davantage illustrative de la valeur type d'un marché soumis à cette procédure. On note qu'elle se situe en dessous du seuil de la procédure sur invitation²⁸ signifiant que dans la majorité des marchés soumis à cette procédure, l'adjudicateur aurait pu opter pour une procédure en gré à gré mais a préféré une solution permettant de stimuler davantage la concurrence.

On constate le même phénomène pour les marchés ayant fait l'objet d'une procédure ouverte, mais dans une moindre mesure ; le montant moyen s'élève à CHF 594'000 soit une valeur supérieure aux différents seuils de la procédure ouverte²⁹, le montant médian s'élevant à CHF 350'000. Environ 40% des marchés soumis en procédure ouvertes ont une valeur inférieure au seuil minimum de cette procédure (CHF 250'000), signifiant là aussi que les adjudicateurs examinés recourent à cette procédure davantage que ne l'imposerait la loi.

²⁷ La médiane est la valeur située au milieu d'une série d'observations lorsque celles-ci sont placées dans un ordre croissant.

²⁸ CHF 150'000 pour tous les marchés à l'exception du gros-œuvre : CHF 300'000

²⁹ CHF 250'000 pour les marchés de fourniture et de service, CHF 300'000 pour le second-œuvre et CHF 500'000 pour le gros oeuvre



4.2.4 Les effets de la concurrence sur les prix sont perceptibles

Sur la base de ces résultats descriptifs portant sur les marchés examinés, on peut conclure que les procédures concurrentielles contribuent à stimuler la concurrence et ce davantage en cas de procédure ouverte qu'en cas de procédure sur invitation. En effet, dans la majorité des cas, le nombre d'offres rentrées permet à l'adjudicateur d'opérer un véritable choix entre soumissionnaires (4.5 offres rentrées en moyenne). L'écart moyen entre le prix de l'offre la plus chère et celui de l'adjudicataire (26%) illustre également le fait que l'organisation de procédures concurrentielles met en évidence une économie non négligeable par rapport à l'offre la plus chère.

Le fait que près de la moitié des marchés soumis aux procédures concurrentielles sont de valeur inférieure à leurs seuils³⁰ illustre l'effort consenti par les communes pour instaurer la concurrence parmi leurs soumissionnaires, même en deçà du seuil du minimum légal.

³⁰ Par exemple pour les travaux de gros œuvre, ils sont de CHF 250'000.- pour la procédure sur invitation et de CHF 500'000.- pour ceux de la procédure ouverte (ou sélective)

5. Résultats de l'examen des cas concrets : les non-conformités³¹ importantes concernent plus de la moitié des cas

5.1 L'importance de la non-conformité dépend avant tout de son impact

5.1.1 Plus de 100 non-conformités détectées

Si l'effort consenti par les communes pour susciter la concurrence parmi leurs fournisseurs est perceptible comme vu précédemment, l'analyse de la manière dont les objets d'investissement définis dans les préavis municipaux ont été organisés en marchés publics révèle cependant un nombre important de problèmes de non-conformités à la législation, affectant à des degrés plus ou moins élevés les conditions concurrentielles de ces marchés.

Les non-conformités constatées ont été classifiées en diverses catégories se référant tout d'abord au principe de la législation auxquelles elle contreviennent le plus directement: concurrence insuffisamment stimulée, inégalité de traitement, manque de transparence dans la procédure. Une partie des non-conformités n'impliquent pas forcément que ces principes n'aient pas été respectés mais constituent un risque de non-respect de ces principes³².

Finalement, il convient d'identifier les non-conformités considérées comme d'importance élevée et très élevée, c'est-à-dire celles affectant notablement les conditions concurrentielles et celles qui ont un impact moindre. Ce travail de catégorisation a été mené avec la validation des experts que la Cour a consultés pour ses analyses.

L'annexe III détaille les critères utilisés pour classifier les catégories d'importance des non-conformités (très élevée, élevée et moyenne).

³¹ Non-conformités à la législation sur les marchés publics et/ou aux règles de bonnes pratiques en matière concurrentielles

³² Par exemple le fait d'adjuger un marché à un soumissionnaire n'ayant pas présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base des résultats du tableau d'évaluation est une inégalité de traitement avérée. Par contre, l'absence du procès-verbal d'ouverture des offres requis par la législation signifie qu'il n'y a pas de preuve que tous les soumissionnaires aient envoyé leur offre dans le délai imparti ; cette non-conformité représente donc un risque d'inégalité de traitement et non une inégalité de traitement avérée.

5.1.2 Plus de 80% des préavis touchés par au moins une non-conformité

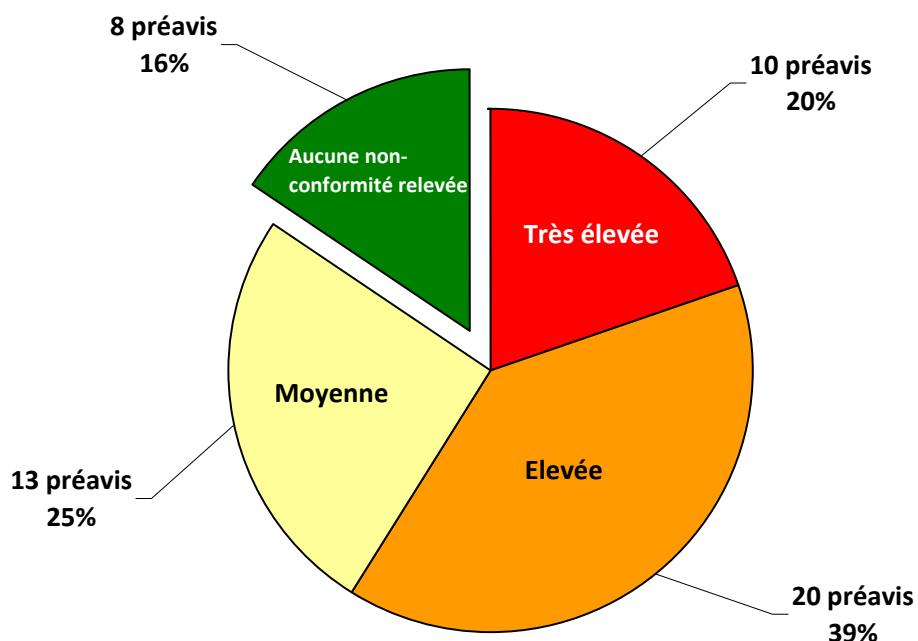
Les travaux d'audit ont permis d'identifier 32 types de non-conformités à la législation sur les marchés publics ou aux bonnes pratiques en matière de concurrence.

Au total, il a été relevé 109 cas de non-conformités, les marchés définis dans un préavis pouvant être touchés par plusieurs non-conformités.

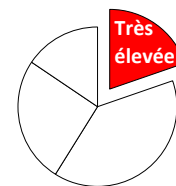
Sur les 51 préavis municipaux examinés pour l'audit, on constate qu'une très forte proportion de préavis sont concernés par au moins une non-conformité en matière de législation sur les marchés publics : 43 préavis, soit le 84%. Si on considère uniquement les non-conformités d'importance élevée, ce pourcentage est moins haut et s'établit à 59%, ce qui représente toutefois plus de la majorité des préavis examinés. Par contre si l'on s'en tient uniquement à celles d'importance jugée très élevée, cette part s'abaisse à 20%. Quant aux préavis pour lesquels aucune non-conformité n'a été détectée, ils sont au nombre de 8 (16%).

Préavis examinés selon l'importance de la non-conformité constatée*

Base: 51 préavis municipaux



*Chaque préavis est classifié dans une seule catégorie. S'il est touché par plusieurs degrés de non-conformités, il est colloqué dans la catégorie du degré le plus élevé.



5.2 Un préavis sur cinq touché par une non-conformité d'importance très élevée

5.2.1 Des marchés principaux échappant à la procédure ouverte pour un montant de CHF 14.2 millions³³

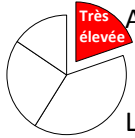
Dans les cas où le marché principal a échappé à la procédure ouverte, plusieurs cas de figure se présentent. On distingue tout d'abord les marchés dont le montant était décrit comme supérieur au seuil de la procédure ouverte dans le préavis. Le nombre de préavis concernés par ce problème s'élève à quatre. Il s'agit :

- D'une construction de locaux scolaires et bibliothèque ayant été passée en procédure de gré à gré. Les raisons invoquées relèvent de l'urgence. Toutefois aucune documentation ne motive cette décision et aucun rapport d'adjudication n'a été produit et publié sur simap.ch (conformément à l'art. 8 RLMP-VD).
- De travaux de constructions pour l'aménagement de portakabins destinés à servir de structures d'accueil provisoires dans l'attente de la construction d'un collège, qui ont été adjugés selon la procédure sur invitation. Là aussi des motifs d'urgence ont été avancés, mais aucun rapport d'adjudication n'a été publié sur simap.ch comme le prévoit la procédure (art. 39 RLMP-VD al. 3)
- D'une construction routière réalisée sur plusieurs tronçons mais dont les travaux de génie civil ont été attribués à une seule entreprise selon la procédure sur invitation (pour un montant supérieur au seuil de la procédure ouverte).
- De travaux liés à l'aménagement de collecteurs pour un quartier organisés par un syndicat d'amélioration foncière financés pour près de la moitié par la commune. L'entité adjudicatrice, soit le syndicat d'amélioration foncière, avait été considéré à tort comme pas assujettie à la législation sur les marchés publics. Même si la commune avait cru, de bonne foi, et sur conseil de son mandataire, que les syndicats d'amélioration foncière n'étaient pas soumis à la LMP-VD, cette dernière est suffisamment explicite à ce sujet (art 1 LMP-VD³⁴).

Un deuxième cas où le marché principal a échappé à la procédure ouverte concerne un objet d'investissement routier dont les travaux de génie civil ont été scindés en plusieurs marchés (par « saucissonnage ») et adjugés selon la procédure sur invitation à des entreprises différentes, alors qu'il s'agit d'un marché unique dont la valeur dépasse le seuil de la procédure ouverte.

³³ Respectivement à la procédure sélective

³⁴ Art 1 al.1 « *La présente loi régit les marchés publics...* » lettre b : des autres collectivités notamment les caisses de pension assumant des tâches cantonales ou communales dans la mesure où elles n'ont pas de caractère commercial et industriel.



AUDIT PORTANT SUR 8 COMMUNES DE TAILLE MOYENNE

Le dernier cas de non-application de la procédure ouverte touche deux préavis municipaux portant sur des aménagements routiers et la construction de trottoirs, dont les travaux ont été adjudgés sur invitation, mais qui constituent un seul et même projet (un seul compte d'investissement a été utilisé et les prestations de l'ingénieur mandataire ont porté sur l'ensemble des travaux).³⁵

Au total, ce sont donc sept marchés principaux de préavis soumis à la procédure ouverte qui ont fait l'objet d'une procédure sur invitation ou en gré à gré. On note que l'ensemble des marchés principaux de préavis dépassant le seuil de la procédure ouverte s'élève à 27, une majorité donc de préavis étant donc conformes à ce point de vue. Toutefois la part représentée par les préavis non conformes, soit 26% (7 sur 27) est loin d'être négligeable, et ce également du point de vue des montants correspondants (CHF 14.2 millions³⁶).

5.2.2 Non-respect du principe d'égalité de traitement

Les cas où le marché n'a manifestement pas été adjudgé à l'offre économiquement la plus avantageuse, à savoir ceux où l'adjudicataire ne correspond pas à celui ayant présenté l'offre arrivant en tête dans le tableau d'évaluation ont été également jugés comme des non-conformités d'importance très élevée, car ils enfreignent les règles élémentaires régissant les procédures de passation des marchés publics. C'est le principe d'égalité de traitement qui est touché en premier lieu. Deux préavis municipaux ont leur marché principal concerné par cette non-conformité ; le montant correspondant à ces deux préavis s'élève à CHF 1.2 million.

Une autre forme d'inégalité de traitement consiste à adjudger le marché à une entreprise ou à un consortium d'entreprises n'ayant pas présenté d'offres dans les délais et dont le nom ne figure pas au procès-verbal d'ouverture des offres. Deux préavis sont également touchés par cette non-conformité pour un montant total de CHF 2.6 millions.

³⁵ La question de la nécessité ou non de regrouper plusieurs préavis pour organiser les marchés publics s'est posée à plusieurs reprises dans le cadre de cet audit, en matière de travaux routiers et d'aménagement de collecteurs. La Cour a cependant renoncé à émettre une recommandation visant la nécessité de regrouper les projets, la législation sur les marchés publics n'indiquant aucune directive dans ce sens et laissant au contraire à l'adjudicateur un large pouvoir d'appréciation dans la manière de définir ses marchés.

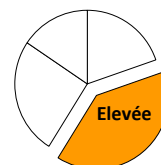
³⁶ ce qui représente le 21% du total des préavis dont le marché principal est soumis à la procédure ouverte (CHF 68.9 millions)

5.2.3 Ces non-conformités auraient pu être évitées si les procédures avaient fait l'objet d'un contrôle interne

La nécessité de respecter le seuil des procédures ouvertes ou, le cas échéant, de publier un rapport d'adjudication « gré à gré sous condition » sur simap.ch selon l'art. 8 RLMP-VD, de même que l'interdiction de fragmenter un marché de même nature en plusieurs marchés pour échapper à la procédure ouverte, ou encore l'obligation d'adjuger le marché à l'adjudicataire arrivant en première position du tableau d'évaluation des offres constituent des règles de base de la législation sur les marchés publics. Il serait aisé de les respecter moyennant l'introduction de quelques contrôles à effectuer en interne tout au long de la procédure. Le point 5.7 et l'annexe IV détaillent la nature des contrôles-clé que la Cour propose de mettre en place.

Cette opération est d'autant plus justifiée que les montants concernés par ces investissements passés de manière non-conforme représentent près de CHF 17 millions sur cinq ans pour ces 8 communes.

5.3 Près de 40% des préavis touchés par une non-conformité d'importance élevée

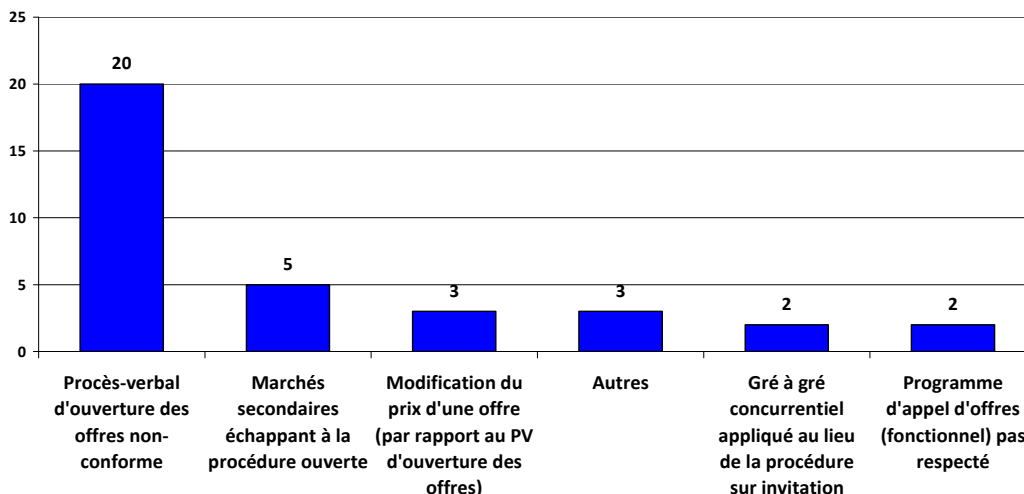


5.3.1 Les problèmes portent principalement sur le procès-verbal d'ouverture des offres

Les non-conformités d'importance jugée élevée forment la plus grande catégorie des problèmes rencontrés. Elles sont jugées moins importantes que celles de catégorie « très élevée » car elles ont soit un impact moindre sur les conditions concurrentielles (car elles touchent des marchés secondaires), soit elles représentent des risques de non-respect des principes de la législation plutôt que des atteintes avérées.

Non-conformités de catégorie d'importance élevée: nombre de préavis concernés par type de cas

Base: 35 non-conformités d'importance élevée relevées





Vingt préavis sur cinquante et un sont concernés par des non-conformités d'importance élevée (soit 39%) et le nombre de cas de non-conformités s'élève à 35. Ils touchent principalement le procès-verbal d'ouverture des offres. Cette pièce constitue un élément-clé de la passation des marchés publics, car elle garantit que l'égalité de traitement entre les soumissionnaires est respectée et assure la transparence de l'étape d'ouverture des offres. En effet, les offres doivent impérativement être ouvertes au moment de l'établissement de ce procès-verbal. En aucun cas, elles ne doivent être ouvertes avant, ceci afin de prévenir les risques que des informations sur les offres rentrées ne soient communiquées accidentellement ou volontairement, à d'éventuels autres soumissionnaires qui pourraient adapter leurs offres en fonction. Aucune offre ne peut parvenir après l'établissement de ce procès-verbal. Pour un ou plusieurs marchés d'objets décrits dans 20 préavis municipaux, soit le procès-verbal n'a pas été établi (6 préavis), soit il a été signé uniquement par le mandataire alors que le règlement impose la présence au minimum de deux représentants de l'adjudicateur (12 préavis), soit les signatures apposées ne sont pas lisibles ou la date est manquante (2 préavis).

A noter que la grande majorité des non-conformités portant sur les procès-verbaux d'ouverture des offres touchent des marchés passés en procédure sur invitation. Dans plusieurs cas, il n'apparaissait pas clairement soit à la commune, soit à son mandataire, que les règles régissant les procédures ouvertes et sélectives s'appliquent par analogie à la procédure sur invitation (article 9 RLMP-VD), à l'exception de la nécessité de publier l'appel d'offres sur simap.ch et de respecter certains délais minimum pour la remise des offres.

5.3.2 Plusieurs cas où les marchés secondaires et les prestations d'ingénieurs ont échappé à la procédure ouverte ont été constatés

A l'instar de ce qui a été relevé pour les marchés principaux, il a été constaté que plusieurs marchés secondaires dont le montant dépasse le seuil de la procédure ouverte n'ont pas fait l'objet de la procédure adéquate. Cinq cas ont été dénombrés dont deux mandats de prestation d'ingénieur qui ont été passés selon la procédure sur invitation alors que le décompte final des honoraires s'élevait à plus de CHF 250'000 (seuil de la procédure ouverte ou sélective pour les prestations de services).

5.3.3 Pour trois marchés, le prix d'une offre a été modifié

Selon la législation, l'adjudicateur ne peut pas corriger le prix d'une offre soumise, sauf en cas d'erreur arithmétique³⁷. Un cas a été constaté où l'adjudicateur a modifié le prix d'une offre,

³⁷ Cette clause ressort de l'article 35 du règlement qui stipule que « Les négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires sur les prix, les remises de prix et modifications des prestations sont interdites ». Voir également le chiffre 7.3.

estimant que la méthode de calcul employée par le soumissionnaire ne tenait pas compte de manière adéquate de la difficulté du projet. Cette pratique n'est pas autorisée. L'adjudicateur aurait dû convoquer le soumissionnaire lors d'une séance de clarification pour lui demander de justifier son prix. Bien que constituant une atteinte importante aux principes fondamentaux de la loi, cette non-conformité n'a pas été cataloguée comme d'importance très élevée, compte tenu des explications fournies par la commune qui avait, en toute bonne foi, procédé à cette correction et qui ignorait la possibilité d'organiser une séance de clarification.

Pour deux autres marchés, il a été constaté qu'un prix fixé à forfait avait été négocié après l'ouverture des offres, le prix indiqué dans ces dernières était initialement présenté sous forme de prix unitaires. Dans ces cas, il aurait fallu spécifier dans l'appel d'offres que l'option du prix forfaitaire était autorisée et les soumissionnaires auraient pu présenter leurs offres sous ces deux formes.

5.3.4 Confusion entre la procédure sur invitation et la procédure de gré à gré à plusieurs offres

La procédure de gré à gré est définie à l'art. 7 LMP-VD : « l'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres ». Dans la pratique, il a été constaté que toutes les communes sollicitent presque systématiquement plusieurs offres de fournisseurs pour les marchés situés à l'intérieur des seuils de la procédure de gré à gré. Plusieurs communes ont même inscrit cette obligation dans leur règlement communal. Ce point sera abordé plus en détail au chiffre 7.2.1. A ce stade, précisons que cette pratique, bien que controversée par la doctrine, est autorisée dans certains cantons limitrophes. Son statut n'est pas défini pour le canton de Vaud. La Cour relève toutefois qu'elle est bénéfique du point de vue de la bonne gestion des deniers publics puisqu'elle contribue à renforcer la concurrence, sans alourdir les procédures pour les marchés de valeur limitée³⁸.

Dans deux cas, la commune avait, pour un marché dont la valeur est supérieure au seuil de la procédure sur invitation, appliqué la procédure de gré à gré en sollicitant plusieurs offres. Le procès-verbal d'ouverture des offres, non requis pour la procédure de gré à gré à plusieurs offres, n'a pas été réalisé ; la lettre d'appel d'offres ne se référait ni à la législation sur les marchés publics ni à la procédure sur invitation et le prix était le seul critère d'évaluation des offres retenu.

³⁸ Il convient toutefois, sur la forme des courriers et documents liés à la transaction d'un marché soumis à la procédure de gré à gré de n'indiquer aucune référence aux termes spécifiques de la procédure de passation des marchés publics sur invitation (« appel d'offres », « Invitation à soumissionner » etc).



5.3.5 Deux cas de non-respect du programme d'appel d'offres

Deux cas de non-conformités concernent un appel d'offres fonctionnel³⁹ dont des éléments-clé du programme n'ont pas été respectés lors de l'adjudication : type de travaux de construction et budget. L'enveloppe indiquée à titre indicative dans l'appel d'offres a été multipliée par deux⁴⁰ dans le projet adjudgé, ce qui constitue une inégalité de traitement vis-à-vis des autres soumissionnaires qui s'étaient pliés à cette contrainte du programme. De plus, le projet adjudgé ne répondait pas strictement au descriptif du programme mais présentait une variante (construction d'un nouveau bâtiment alors que l'appel d'offres mentionnait qu'il s'agissait d'un agrandissement).

5.3.6 Autres non-conformités: cas où la concurrence a été stimulée de manière inadéquate

L'audit a relevé un cas d'un préavis pour l'agrandissement d'un collège où douze marchés lancés en procédure sur invitation n'ont généré qu'une seule offre en retour. On note tout d'abord que la période à laquelle les lettres d'invitation ont été envoyées (mi-décembre) n'était certes pas propice à susciter une concurrence efficace, mais la législation ne fixe aucune période pour les appels d'offres, on ne peut donc sur cette base, conclure que le choix de cette période n'était pas conforme. Toutefois, selon la doctrine, l'article 7 LMP-VD al 1 bbis («L'adjudicateur doit demander au moins trois offres»), doit être interprété au sens d'offres rentrées. L'adjudicateur doit donc solliciter un nombre suffisant de soumissionnaires pour générer une concurrence efficace. Si le nombre d'offres retournées est insuffisant, il doit faire appel à de nouveaux soumissionnaires⁴¹.

Dans un autre cas, le cahier des charges d'un marché qui avait été soumis en procédure ouverte a subi une légère modification (la taille des fenêtres a été agrandie). Les entreprises inscrites ont été recontactées et le cahier des charges modifié leur a été transmis. Cette manière de procéder est conforme à la jurisprudence qui précise dans un arrêt de la Cour de droit public et administratif du canton de Vaud « (en cas de modification postérieure à l'ouverture des offres)...il faut à cet égard tout d'abord que les soumissionnaires, dont les offres ont été prises en considération dans le processus d'évaluation soient tous informés de ce changement de manière non discriminatoire ; ils doivent en outre disposer du temps nécessaire

³⁹ Un appel d'offres fonctionnel constitue une procédure de forme « hybride » entre l'appel d'offres traditionnel basé sur un cahier des charges précis et le concours qui formule les objectifs à atteindre. L'appel d'offre fonctionnel a été défini dans la jurisprudence : « ...dans un tel cadre, la prestation requise est décrite dans un programme de prestations qui fournit aux soumissionnaires les valeurs déterminantes à atteindre (il peut s'agir de valeurs techniques, économiques, esthétiques et fonctionnelles) ; ces valeurs de base doivent être décrites de façon claire et complète. » (arrêt GE.2003.0038, TA, 04.07.2003)

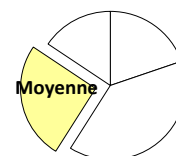
⁴⁰ par trois si on considère l'ensemble des coûts du projet.

⁴¹ Dr. Dominik Kuonen « Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht », Stämpfli Verlag AG Bern - 2005

pour recalculer l'intégralité de leur offre (...) une telle modification ne peut porter que sur des éléments d'importance secondaire »⁴². Toutefois l'adjudicateur a envoyé l'invitation à soumissionner avec le cahier des charges modifié à une entreprise qui n'avait pas participé initialement à la procédure ouverte. Cette manière de procéder n'est pas conforme, compte tenu du fait que le nombre d'offres rentrées suite au premier appel d'offres ouvert était suffisant et que le délai de remise des offres était échu.

Un dernier cas concerne un marché secondaire passé en procédure ouverte, mais pour laquelle aucune offre n'est parvenue dans les délais. Un soumissionnaire ayant présenté son offre hors délai s'est vu tout d'abord exclu de la procédure pour cette raison, puis son offre a été adjugée selon la procédure de gré à gré selon condition (art 8 RLMP-VD al. a⁴³). Si la référence à cet article a été précisée dans la lettre d'adjudication, la décision n'a pas été publiée sur simap comme le prévoit l'article 39 RLMP-VD al.3.

5.4 Les non-conformités d'importance moyenne : fréquentes - mais d'impact moindre sur la concurrence



5.4.1 63 cas de non-conformités d'importance moyenne

Compte tenu du fait que les marchés définis dans un préavis peuvent être affectés par plusieurs non-conformités et que la figure de la page 22 classe les préavis en fonction du degré d'importance le plus élevé de non-conformité constatée, il en ressort que seuls les marchés de treize préavis sont concernés par des non-conformités d'importance moyenne. De fait, le nombre de cas de non-conformités d'importance moyenne relevés s'élève à 63, soit plus de la moitié du total des non-conformités constatées (109).

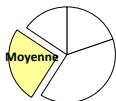
5.4.2 Procédure sur invitation principalement concernée

Les problèmes relevés pour cette catégorie concernent essentiellement des marchés passés en procédure sur invitation. On relève à nouveau que ces non-conformités sont essentiellement dues au fait que soit les communes, soit leurs mandataires n'avaient pas connaissance des règles à appliquer pour la procédure sur invitation, alors qu'elles les mettent en œuvre pour les marchés passés en procédure ouverte.

⁴² arrêt GE.2003.0038, TA, 04.07.2003

⁴³ Cet article énumère les motifs reconnus par la loi permettant d'attribuer un marché en procédure de gré à gré alors que sa valeur dépasse le seuil de la procédure ouverte.

On relève en particulier des cas où les lettres d'invitation et lettres d'adjudication suite à une procédure sur invitation ne mentionnent pas les voies de recours ou ne font pas explicitement référence à la LMP-VD (9 cas)⁴⁴.



5.4.3 Le prix ne devrait pas être le seul critère d'évaluation

Alors que pour la quasi-totalité des procédures ouvertes, un tableau d'évaluation des offres comprenant plusieurs critères a systématiquement été établi conformément à la loi, pour une partie des marchés organisés sur invitation, seul le prix a été considéré comme critère (20 cas). L'article 37 RLMP-VD précise toutefois à l'alinéa 5 que « *L'adjudication pour des biens largement standardisés peut également intervenir exclusivement selon le critère du prix le plus bas* ». Cela signifie que pour des biens non standardisés, il faut intégrer d'autres critères, de manière à tenir compte des éléments permettant de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur (notamment selon les critères du prix, de la qualité, du délai, etc.). Une commune a toutefois fait part de la difficulté de sélectionner des critères d'aptitudes et de qualité adéquats. Il s'agit en effet d'être attentif au fait que les critères doivent être objectifs et qu'il soit possible sur leur base d'établir une échelle d'appréciation⁴⁵ permettant d'évaluer de manière pertinente les soumissions.

La nécessité d'introduire des critères autres que le prix a d'autre part fait l'objet d'un débat avec certaines communes. En effet dans la procédure sur invitation, ne sont en théorie invitées que les entreprises jugées aptes à réaliser le marché. Les critères de sélection qualitatifs sont ainsi implicitement introduits lors du choix des soumissionnaires. La Cour estime toutefois que le fait de spécifier ces critères, même s'ils ont déjà été appliqués lors de la sélection du soumissionnaire, donne la garantie qu'ils sont effectivement respectés et que la conformité à cette clause se justifie.

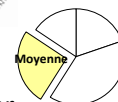
5.4.4 Procès-verbal d'ouverture : une des deux signatures requises est souvent manquante

Dans la section précédente, la question des problèmes liés à la non-conformité du procès-verbal d'ouverture des offres a déjà été abordée. L'absence de procès-verbal ou le fait que ce dernier soit signé uniquement par le mandataire a été considéré comme une non-conformité d'importance élevée, étant donné le risque que cela représente en matière d'égalité de traitement des soumissionnaires⁴⁶. Dans un grand nombre de cas (14 relevés dans le cadre de

⁴⁴ L'annexe W du Guide romand des marchés publics fournit des exemples de lettres types d'invitation à soumissionner et des lettres d'adjudication présentées conformément à la législation.

⁴⁵ L'adjudicateur peut se référer au Guide romand des marchés publics : à l'annexe Q notamment pour ce qui concerne les critères d'aptitude et à l'annexe R concernant les critères d'adjudication.

⁴⁶ Rappelons que les deux premiers alinéas de l'art. 31 du RLMP-VD prescrivent que **deux** représentants de l'adjudicateur doivent au moins être présents à l'ouverture des offres, et que cela doit figurer au procès-verbal :



cet audit), le procès-verbal est signé par un seul représentant de l'adjudicateur (conseiller municipal, technicien communal ou autre) et le mandataire. Il manque donc une signature d'un représentant de l'adjudicateur. Cette non-conformité est toutefois jugée comme moins importante que dans le cas où l'adjudicateur n'a pas été présent pour attester que les offres sont toutes parvenues dans les délais et qu'elles ont été ouvertes simultanément.

5.4.5 Manque de clarté dans la définition du gros oeuvre

La législation sur les marchés publics distingue les travaux de gros oeuvre de ceux du second oeuvre et prévoit des seuils différenciés pour les procédures. La loi vaudoise fournit une définition très générale: « *On distinguera les travaux de gros oeuvre, qui sont les travaux constituant la structure porteuse d'une construction, de ceux du second oeuvre* ». (art. 3 al. 3 RLMP-VD).

Cette définition ne permet toutefois pas de classer sans ambiguïté des travaux tels que la ferblanterie (CFC 222) et la couverture (CFC 224). Il apparaît que, sur la base du seul document à disposition à ce sujet au niveau vaudois, soit la Foire aux questions des marchés publics (FAQ) élaborée par le canton de Vaud et disponible sur internet⁴⁷, ces travaux relèvent du second oeuvre et non du gros oeuvre⁴⁸. Dans deux cas relevés, les travaux de ferblanterie et couverture réalisés pour des montants supérieurs à CHF 250'000 mais inférieurs à CHF 500'000 ont été assimilés à du gros oeuvre et passés en procédure sur invitation alors que c'est la procédure ouverte qui s'applique. Etant donné que la législation manque de clarté à ce niveau, cette non-conformité n'a pas été jugée comme d'importance élevée, même si les conditions concurrentielles ont été restreintes du fait de l'application inadéquate de la procédure.

5.4.6 Décisions d'adjudication non publiées sur simap.ch

Si l'annonce d'appel d'offres pour des marchés passés en procédure ouverte fait généralement l'objet d'une publication conforme sur simap.ch, pour près d'un tiers des marchés principaux des préavis (9 sur 26), la décision d'adjudication n'a pas été publiée sur simap.ch, tel que le prévoit la législation (art. 39 RLMP-VD). Cette non-conformité ne touchant toutefois pas

« 1. Les offres d'une procédure ouverte ou sélective parvenues dans les délais sont ouvertes à la date, à l'heure et au lieu indiqué dans les documents d'appel d'offres par au minimum deux représentants de l'adjudicateur. »

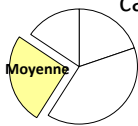
« 2. Un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres. Les noms des personnes présentes, les noms des soumissionnaires, les dates de réception et les prix des offres doivent y être au minimum contenus, ainsi que les éventuelles variantes et offres partielles. »

⁴⁷ <http://www.vd.ch/themes/economie/marches-publics/faq/>

⁴⁸ Les **travaux de gros-oeuvre** correspondent ainsi aux codes de frais de construction (CFC) 17 (fondations spéciales, protection des fouilles, étanchéité d'ouvrages enterrés), 20 (excavation), 21 (gros oeuvre 1) et 41 (constructions dans l'aménagement extérieur).

Les **travaux de second oeuvre** visent tous les autres types de travaux.

directement les conditions concurrentielles du marché, elle n'a pas été considérée dans ce cadre comme d'importance élevée.



5.4.7 Autres non-conformités d'importance moyenne

Les neuf autres cas concernent tout d'abord des cas où les conditions concurrentielles ont été affectées, mais où la législation sur les marchés publics n'a pas clairement été enfreinte. Ainsi, des travaux pour la construction d'un collège, qui avaient été adjugés en 2005, n'ont pu démarrer que cinq à six ans plus tard. La loi ne précise pas de délai de validité de la décision d'adjudication. En théorie, l'adjudicataire pourrait faire valoir son droit indéfiniment... Or après un délai de cinq ans, les conditions concurrentielles d'un marché sont modifiées ; d'autres concurrents peuvent avoir fait leur apparition sur le marché, la situation des différents soumissionnaires peut avoir changé etc. Même si l'adjudicateur conclut le contrat après avoir demandé confirmation des offres (et les avoir adaptées en fonction du renchérissement et selon les règles professionnelles en vigueur), comme cela a été effectué dans le cas en question, il paraît qu'un nouvel appel d'offre aurait dû être organisé, ce après avoir révoqué la décision d'adjudication⁴⁹.

Deux autres cas portent sur des marchés dont le montant avait été estimé à une valeur supérieure au seuil de la procédure ouverte dans le préavis municipal mais qui ont été adjugés à un montant inférieur⁵⁰. La procédure appliquée était la procédure sur invitation, soit la procédure adéquate en fonction du montant adjugé, mais pas selon le montant estimé au départ. Il s'agit ainsi de cas discutables, où néanmoins la procédure ouverte aurait dû être appliquée.

On note encore deux cas où le cahier des charges a été modifié entre l'appel d'offres et la décision d'adjudication, sans documentation permettant une traçabilité de la décision, un cas d'un marché soumis à la procédure sur invitation dont les critères ont été définis après la remise des offres. Un autre cas concerne une décision d'adjudication pour un marché soumis à la procédure sur invitation et adjugé en gré à gré selon condition (art. 8 RLMP-VD) qui n'a pas fait l'objet d'un rapport formel d'adjudication, un appel d'offres en procédure ouverte dont le délai de remise des offres était inférieur au délai standard (40 jours alors que la situation d'urgence ne se présentait pas) ainsi qu'une invitation à soumissionner qui ne précisait pas que l'adjudication partielle était autorisée (et a été appliquée).

⁴⁹ A noter qu'il s'agit du seul cas de non-conformité sur les 109 constatées, qui concerne uniquement les principes de bonnes pratiques en matière concurrentielles et qui ne se réfère pas directement aux clauses de la LMP ou de sa jurisprudence.

⁵⁰ La question du devis surestimé intentionnellement peut être considéré comme un problème important dans la mesure où l'organe délibérant fonde sa décision sur des montants ne correspondant pas à la réalité. Cette question ne concerne toutefois pas la LMP ni les conditions concurrentielles. Dans les deux cas relevés, la documentation à disposition ne permettait toutefois pas de conclure s'il s'agissait d'une surestimation intentionnelle ou non.

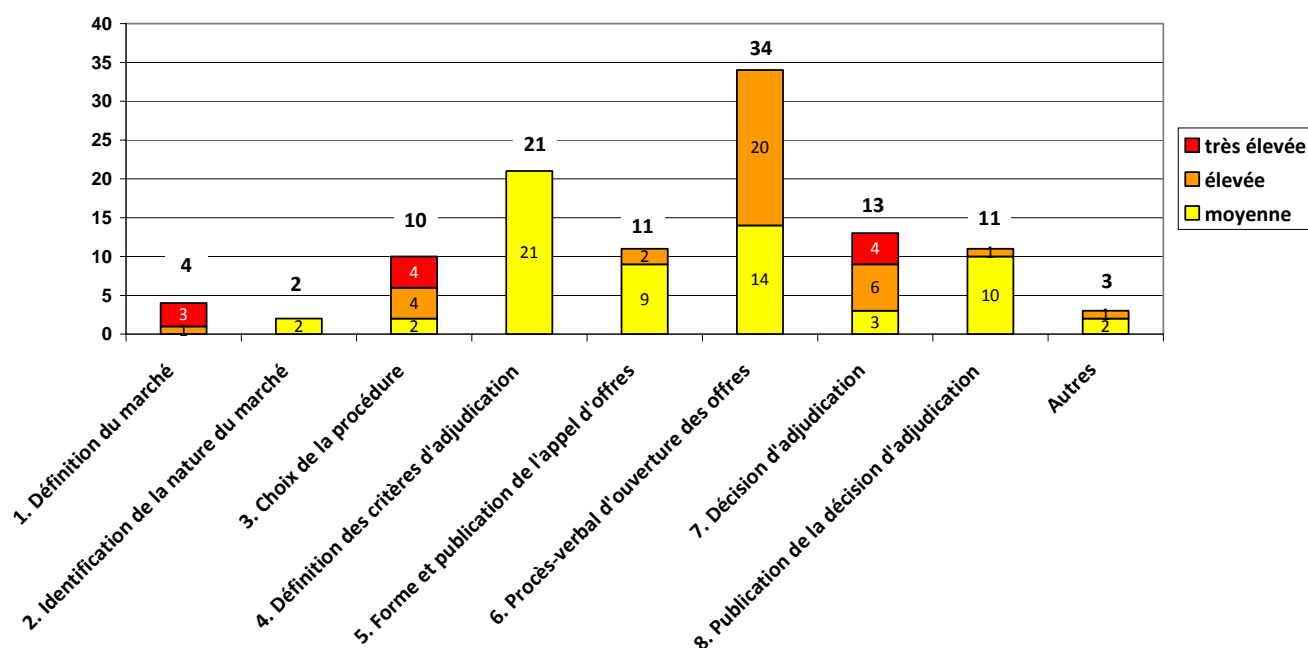
5.5 Synthèse des non-conformités selon l'étape de la procédure

La figure ci-dessous résume la répartition des non-conformités décrites dans la section précédente selon l'étape de la procédure à laquelle elles se rapportent.

On constate que l'étape la plus critique en terme de nombre de non-conformités est le procès-verbal d'ouverture des offres (34 cas soit 31% du total des non-conformités). Les étapes qui enregistrent le plus de non-conformités d'importance très élevée sont tout d'abord la définition du marché (3 marchés relevant de la procédure ouverte ont été définis de manière à échapper à cette procédure), le choix de la procédure (4 marchés dépassant le seuil de la procédure ouverte ont été soumis soit à la procédure sur invitation soit en gré à gré), ainsi que la décision d'adjudication (pour 4 marchés, l'adjudicataire n'est soit pas celui ayant présenté l'offre la plus avantageuse, soit n'a pas remis d'offres dans le délai imparti).

Répartition des non-conformités constatées selon l'étape de la procédure de marché public concerné et le degré d'importance

(base: 109 non-conformités relevées dans les 51 préavis sous revue)



5.6 Examen des décomptes finaux

Une rupture existe au niveau juridique entre l'étape de passation du marché public - qui relève du droit public - et celle de la conclusion du contrat - qui relève du droit privé. Ainsi, les clauses du contrat peuvent différer des éléments ayant conditionné la décision d'adjudication sans pour autant qu'il y ait infraction à la législation sur les marchés publics.

Le fait de ne pas respecter contractuellement la décision d'adjudication peut cependant contrevenir à « l'esprit » de la législation sur les marchés publics et a pour effet de fausser - *a posteriori* - les conditions de concurrence mises en place pour l'appel d'offres.

La Cour a donc complété son analyse par l'examen de différents décomptes finaux (ou de décomptes partiels dans certains cas pour les travaux non terminés au moment de l'audit). Le nombre de décomptes finaux analysés s'élève à 39 (sur 130 marchés ou lots sous revue). Trois situations⁵¹ concernent des travaux entraînant un surcoût important dépassant le seuil de la procédure ouverte (les écarts correspondants sont signalés en couleur foncée sur le graphique ci-après).

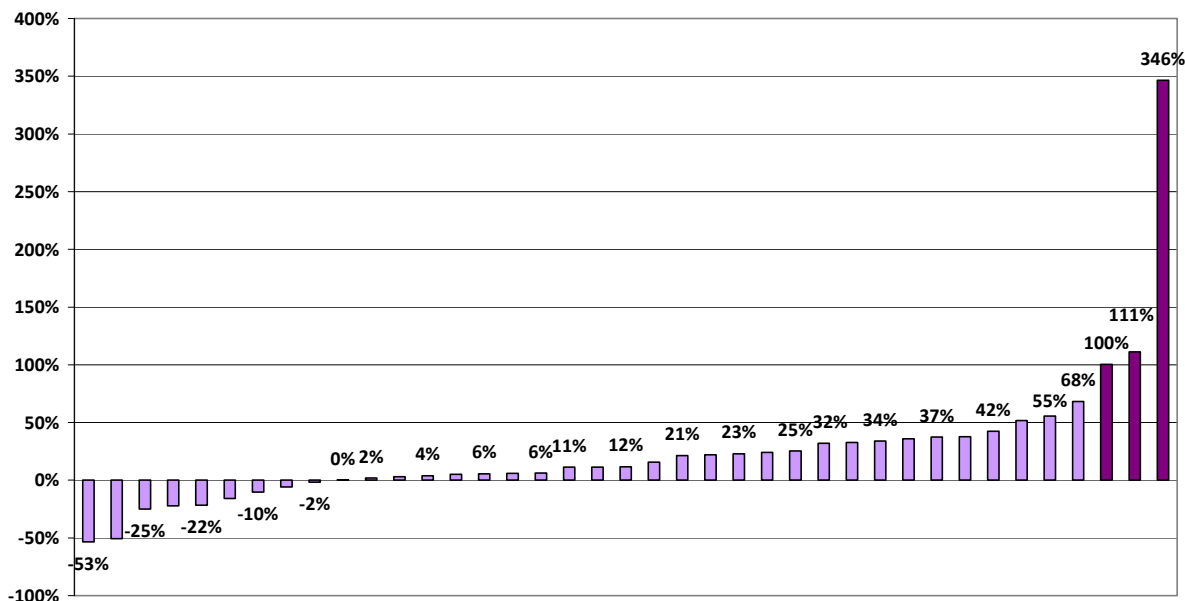
Il a été constaté que les cas examinés ont été adjugés à l'entreprise adjudicataire et que les conditions contenues dans l'offre initiale (en particulier les prix unitaires indiqués) ont été appliqués. Un rapport d'adjudication aurait dû être publié sur simap.ch (art. 8 al. f), compte tenu du fait qu'il s'agissait de travaux supplémentaires liés à des éléments imprévisibles.

Les 39 marchés pour lesquels les décomptes finaux ont été transmis représentent au total un montant de CHF 18.5 millions au niveau de l'adjudication, le surcoût au final représentant CHF 3.3 millions soit 18% de plus. Excepté les situations particulières, on relève sur le graphique ci-dessous que cet écart varie de -53 % à +68 % selon les marchés, une majorité enregistrant un surcoût (30 marchés) et une minorité une moins-value (9).

Sur la base des documents consultés et des explications fournies, aucune non-conformité n'a été relevée, par exemple pour les travaux complémentaires adjugés en cours d'exécution. Compte tenu de la difficulté d'établir ultérieurement la réalité des différentes situations, la Cour n'a cependant pu qu'effectuer des contrôles pour les marchés présentant les écarts les plus importants (en valeur absolue).

⁵¹ Il s'agit de travaux de ventilation, de terrassement et de génie civil

Ecart (en %) entre le décompte final et le prix adjudgé pour 39 marchés (ou lots) liés aux préavis sous revue



Si pour la majorité des marchés qui enregistrent des écarts entre le prix adjudgé et le décompte final aucune documentation n'était disponible pour expliquer les raisons des divergences, on a relevé le cas d'une commune dont le mandataire réalisait des rapports explicatifs de fin de travaux qui rendent explicite le décompte final et les éventuels écarts au projet initial, tant au niveau des dépenses engagées que des prestations fournies.

Commentaire : Il serait souhaitable qu'à l'issue de la réalisation de chaque objet d'investissement, les écarts de prix et de prestations par rapport à ceux figurant dans l'offre adjudgée soient documentés.

5.7 Contrôles à mettre en œuvre en interne pour les étapes critiques de la procédure

Ainsi que cela a été constaté au sujet de la prévention des non-conformités d'importance très élevée au chiffre 5.2, la très grande majorité des problèmes constatés aurait pu être prévenue si un contrôle interne avait été mis en place. Les non-conformités qu'il était difficile d'empêcher sont celles qui se rapportent à des clauses de la législation qui ne sont pas claires ou qui relèvent de cas de jurisprudence peu connus.

Un exemple illustratif est proposé en Annexe IV avec sept contrôles-clés aux différentes étapes de l'organisation de marchés publics concernant des projets de construction⁵² (comprenant également le marché relatif aux prestations de services) :

1. La délimitation de l'objet d'investissement en différents marchés est-elle conforme ?
2. La nature de chaque marché a-t-elle été correctement identifiée ? (par ex. gros œuvre / second œuvre)
3. Le choix de chaque procédure correspond-il aux seuils applicables ?
4. La publication de l'appel d'offres est-elle conforme (www.simap.ch)⁵³ ?
Le choix des soumissionnaires invités est-il conforme⁵⁴ ?
5. L'ouverture des offres est-elle conforme ? Un procès-verbal a-t-il été établi selon la loi et le règlement ?
6. La validité des offres a-t-elle été vérifiée (éventuelle décision d'exclusion) ?
7. L'offre économiquement la plus favorable est-elle correctement déterminée dans le tableau d'évaluation des offres ?

A cet égard, il est recommandé de désigner un référent pour les marchés publics (conseiller municipal, technicien communal, secrétaire municipal etc.) pouvant être chargé de ces validations.

6. Les marchés publics pour les prestations de services répétitives importantes: une obligation méconnue

6.1 La valeur du marché pour les prestations répétitives se calcule sur quatre ans

Les prestations de services constituent le deuxième groupe de marchés publics examinés dans le cadre de cet audit.

Pour les prestations de services faisant l'objet d'un contrat de durée indéterminée⁵⁵, qui ne prévoit pas de prix total, la valeur du marché déterminant la procédure de marché public à appliquer se calcule sur quatre ans (« *l'acompte mensuel multiplié par 48* »)⁵⁶.

Cette clause est apparue comme méconnue dans toutes les communes auditées, avec pour conséquence que la quasi-totalité des marchés soumis à une procédure concurrentielle n'ont pas été organisés de manière conforme⁵⁷.

⁵² Afin de ne pas alourdir la procédure, cet exemple présente seulement les étapes critiques et ciblées des procédures sur invitation et des procédures ouvertes, qui concernent la très grande majorité des marchés organisés sous forme concurrentielle

⁵³ procédure ouverte

⁵⁴ procédure sur invitation

⁵⁵ Seules les prestations réalisées par des entreprises privées sont soumises à la législation sur les marchés publics au contraire de celles accomplies par des entités détenues par des collectivités publics.

⁵⁶ Art. 4 RLMP-VD

6.2 Des prestations estimées à plus de CHF 15 millions sur quatre ans dans les communes analysées

Les comptes de fonctionnement de l'année 2011 de chaque commune ont été passés sous revue afin de déterminer les postes susceptibles de concerner des prestations de services réalisées par des entreprises privées et dont la valeur, sur quatre ans, pouvaient dépasser le seuil de la procédure sur invitation.

Au total, le nombre de marchés pour prestations de services répétitives, dont la valeur dépasserait⁵⁸ le seuil de la procédure sur invitation s'élève à 37 pour un montant total de CHF 15.4 millions. La plus grande partie concerne des marchés qui devraient être soumis à la procédure ouverte (23 marchés pour un montant de CHF 13 millions sur quatre ans).

6.3 Ramassage des déchets : principale prestation concernée

La plupart des prestations de services et achats de fournitures répétitifs concernés par les procédures concurrentielles se limitent à quelques domaines : ramassage des déchets et gestion de la déchetterie, transports divers, prestations techniques, prestations d'entretien, coupe de bois, balayage et déneigement.

A l'exception d'un marché de transports scolaires mentionné plus haut, aucune prestation dépassant le seuil de la procédure ouverte n'a fait l'objet de cette procédure. De même, les marchés soumis à la procédure sur invitation, ont été en grande partie passés en procédure de gré à gré avec sollicitation de plusieurs offres⁵⁹. On relève encore qu'une fois le marché conclu, il est rare qu'il soit remis en concurrence, le contrat étant renouvelé tacitement d'année en année.

Le tableau ci-après indique les prestations relevées pour l'ensemble des huit communes qui n'ont pas fait l'objet d'une procédure concurrentielle formelle⁶⁰ avec le montant estimé sur quatre ans (arrondis à CHF 10'000).

⁵⁷ Seulement un cas a été relevé où des prestations de services répétitives de valeur dépassant le seuil de la procédure ouverte sur quatre ans ont fait l'objet d'un appel d'offres conforme (transports scolaires).

⁵⁸ L'emploi du conditionnel est utilisé du fait que le constat d'audit se base uniquement sur les résultats financiers de l'année 2011, qui ont été multipliés par quatre pour obtenir une estimation sur quarante huit mois.

⁵⁹ Voir chiffre 7.2.1

⁶⁰ Procédure sur invitation de CHF 150'000 à CHF 250'000 et procédure ouverte au-delà de CHF 250'000

Type de prestations	Montants estimés sur 4 ans		Nombre de contrats*	
	Total 8 communes	<i>dont relevant de la procédure ouverte</i>	Total pour les 8 communes*	<i>dont relevant de la procédure ouverte</i>
Ramassage des déchets	5'710'000	5'710'000	10	6
Entretien du réseau routier**	3'370'000	3'370'000	7	7
Gestion de la déchetterie	1'090'000	1'090'000	1	1
Coupe de bois et débardage	1'060'000	630'000	4	2
Mandats ingénieurs, géomètres, architectes	770'000	440'000	3	1
Frais de déneigement	570'000	570'000	2	1
Entretiens parcs et zones loisirs	510'000	510'000	1	1
Entretien du mobilier, des machines et des équipements techniques de bureau	480'000	480'000	1	1
Balayage routes	460'000	280'000	2	1
Transport des élèves	380'000	380'000	1	1
Surveillance déchetterie	260'000	260'000	1	1
Entretien des canalisations et égouts	230'000	0	1	0
Achats fleurs	190'000	0	1	0
Frais d'impression journal communal	170'000	0	1	0
Entretien réseau fournitures	160'000	0	1	0
Total	15'410'000	13'720'000	37	23

* Le pouvoir adjudicateur peut conclure plusieurs contrats pour un même type de prestations (marché)

** Cette prestation n'est toutefois pas clairement assimilée au secteur des services.

Le principal poste concerne le ramassage des déchets (CHF 5.7 millions) dont le montant dépasse le seuil de la procédure sur invitation pour deux communes, et celui de la procédure ouverte pour les six autres.

Les autres postes figurant dans la liste ci-dessus ne concernent pas l'ensemble des communes, mais de une à trois, en fonction des spécificités et de l'organisation de la commune en question.

Plusieurs communes ont évoqué la question de la difficulté de changer de prestataire du fait de l'expérience acquise par ce dernier. D'autre part, certaines entreprises ont consenti des investissements importants en fonction du contrat conclu avec la commune. Il faut souligner que la législation vaudoise sur les marchés publics n'impose pas de limite à la durée du contrat consécutif à une adjudication, contrairement aux règles en vigueur à la Confédération qui la plafonne en principe à cinq années. Rien n'empêche donc la commune de mandater le même prestataire pour une longue période, pour autant que la procédure de marché public adéquate ait été appliquée à la base (procédure ouverte si le montant de la prestation dépasse CHF 250'000.- sur la période considérée par le contrat).

6.4 Prestations des ingénieurs, architectes et géomètres : les marchés publics s’y appliquent également

Au point 5.3.2, il avait déjà été relevé que plusieurs cas où les prestations d’ingénieurs mandatés par une commune pour réaliser des travaux de construction, n’avaient pas fait l’objet d’une procédure concurrentielle de marchés publics alors que le montant des honoraires dépassait les seuils correspondants.

On retrouve des cas similaires dans l’examen des prestations répétitives : pour trois communes, le mandat d’ingénieurs, architectes ou géomètres dépasse le seuil de la procédure ouverte dans son estimation sur quatre ans, sans avoir été soumis à cette procédure.

Les communes de taille moyenne qui n’ont pas une masse critique suffisante de travaux à réaliser pour disposer d’un service technique à même de conduire ceux qu’elles doivent mener ponctuellement doivent faire appel à des prestataires externes (ingénieurs, architectes, géomètres, paysagistes, urbanistes etc.). Certains prestataires fonctionnent de fait comme le service technique de la commune, archivent les plans et toutes les données et la documentation nécessaire à l’accomplissement des tâches telles que la gestion du réseau de canalisation ou des routes. Les communes concernées ont invoqué la difficulté de remettre ces mandats en concurrence, compte tenu de la connaissance pointue acquise par le prestataire. Il paraît effectivement difficilement concevable de changer de mandataire technique toutes les années.

La nécessité de faire fonctionner la concurrence y compris pour les prestations de services ne doit toutefois pas être contournée. S’il est prévisible que le montant des prestations à réaliser par le mandataire dépasse le seuil de la procédure ouverte sur quatre ans, un appel d’offres ouvert doit être lancé, au besoin en demandant aux soumissionnaires d’indiquer le tarif horaire pour leurs honoraires en fonction de plusieurs variables (plusieurs catégories sont à utiliser étant donné qu’il n’est pas possible de prévoir à l’avance le nombre d’heures à accomplir et les qualifications requises - collaborateur expérimenté ou non par exemple)⁶¹.

⁶¹ Ce type d’appel d’offres ouvert a été reconnu comme valide dans un arrêt du Tribunal administratif du Canton de Zurich (VB.2008.00339)

6.5 Contrôles à mettre en place pour assurer la conformité des procédures pour les prestations de services

A l'instar des remarques formulées au chiffre 5.7 au sujet de la nécessité de vérifier la conformité des procédures de marchés publics pour les objets d'investissements, il est nécessaire d'instaurer des vérifications pour les prestations de services et achats de fournitures ponctuels et répétitifs. En particulier, il convient d'estimer la valeur de ces marchés sur quatre ans avant de déterminer la procédure de marché public à appliquer.

7. Problèmes particuliers d'application

7.1 Importance de la phase de planification

La planification des investissements à réaliser peut avoir un impact important sur le niveau de concurrence appliqué aux différents marchés (selon la taille des investissements, le calendrier, etc.), c'est pourquoi il est nécessaire de considérer cette étape, bien que située en amont de celle de la passation des marchés publics.

A leur degré élevé, les carences de planification peuvent amener le pouvoir adjudicateur à conduire des investissements de manière abusive en procédure d'urgence sans appliquer les conditions concurrentielles prévues par la législation.

7.1.1 Le plan général d'évacuation des eaux : un cadre de référence pour l'organisation des travaux de canalisations

Une planification communale du réseau d'évacuation des eaux, comprenant les travaux de mise en séparatif EC/EU est requis par la législation fédérale: « Les cantons veillent à l'établissement de plans généraux d'évacuation des eaux (PGEE) qui garantissent dans les communes une protection efficace des eaux et une évacuation adéquate des eaux en provenance des zones habitées... » (Art 5 de l'ordonnance sur la protection des eaux, 1998).

La législation cantonale confère la responsabilité aux communes en matière de gestion de l'évacuation des eaux ainsi que la réalisation du PGEE. Ce dernier est toutefois soumis à l'approbation du département en charge de ce secteur (en l'occurrence le Département de la sécurité et de l'environnement).

Bien que le PGEE soit une exigence fédérale depuis 1998, près d'un tiers des communes ne l'ont pas encore réalisé. Le Canton a fixé un dernier délai à 2013. On relève que, selon les communes, la qualité des informations et la précision de la planification sont de qualité plutôt inégale. Si les PGEE les plus anciens sont parfois présentés de manière très résumée, d'autres, plus récents, établissent une planification très précise avec la liste des chantiers à réaliser, le type de travaux à effectuer et leur calendrier de mise en œuvre.

La mise en œuvre des PGEE a cependant un impact positif sur la planification des travaux de canalisations par le référentiel qu'il constitue. Cela est particulièrement vrai pour les questions de réfections de conduites et de calendrier de leur mise en œuvre.

7.1.2 Construction et entretien des routes : un besoin de planification reconnu mais moins urgent

Bien que la Confédération et les cantons soient souvent sur le devant de la scène routière, les communes suisses sont les plus grands propriétaires de routes. Si le Canton procède à une planification pour les tronçons dont il assume la responsabilité, il coordonne également ses travaux avec les communes. Lorsqu'une route cantonale qui traverse une localité est touchée,

il avertit à l'avance la commune concernée pour lui laisser la possibilité d'effectuer des travaux sur son tronçon, voire déléguer au Canton l'organisation des travaux (y compris la passation des marchés publics).

Selon la Loi vaudoise sur les routes (LRou) : « Le Conseil d'Etat exerce la haute surveillance sur le réseau routier, sous réserve des compétences fédérales » (art 3 al. 1). Les travaux relatifs aux routes communales sont ainsi soumis à autorisation du Canton (art 3 al.3). C'est le Service des routes qui est chargé de délivrer ces autorisations et de les archiver.

Pour certaines communes et pour un grand nombre de préavis relatifs à des travaux routiers, aucune autorisation n'a été trouvée dans les archives. Il n'a pas été possible de savoir s'il s'agit d'une question liée à l'archivage ou d'absence d'autorisation.

Le Canton ne gère pas la planification des travaux routiers communaux et ne dispose pas d'inventaire des travaux réalisés. En outre, il n'existe pour l'heure pas de cadastre complet des routes communales.

La forte implication des communes dans la gestion du réseau routier qui leur incombe permet toutefois une organisation satisfaisante des travaux. Les travaux d'audit n'ont donc pas révélé d'impact négatif sur les marchés publics en relation avec l'état des planifications des travaux routiers au sein des communes analysées.

7.1.3 Les constructions scolaires particulièrement touchées

Si le domaine de l'enseignement obligatoire est géré par la Direction générale de l'enseignement obligatoire (DGEO), la responsabilité de la construction et la gestion des bâtiments et infrastructures scolaires incombe aux communes seules⁶².

Chaque commune, ou association de communes établit sa planification de manière autonome et décide de l'opportunité de construire un collège. Selon la loi scolaire actuelle, le Canton n'est impliqué dans la phase de planification que dans la mesure où les communes le sollicitent. Même en cas d'insuffisance de couverture des besoins, le Canton n'a aucun pouvoir contraignant en matière de construction. Il est uniquement habilité à délivrer l'autorisation finale de construction après avoir vérifié la conformité du projet de bâtiment aux normes en vigueur.

Ce mode de fonctionnement pose des difficultés en matière de planification scolaire. Compte tenu des montants importants requis par la construction de collèges, certaines communes tendent à repousser les travaux ou à recourir à des solutions de secours ou d'urgence (par exemple avec des constructions provisoires de type "portakabins"), qui ne sont pas forcément moins onéreuses sur le long terme. A cela s'ajoute le fait que, une fois la décision d'investir adoptée, la construction d'un bâtiment scolaire nécessite généralement un minimum de cinq ans. Ce long délai rend l'absence de planification d'autant plus problématique. Et les

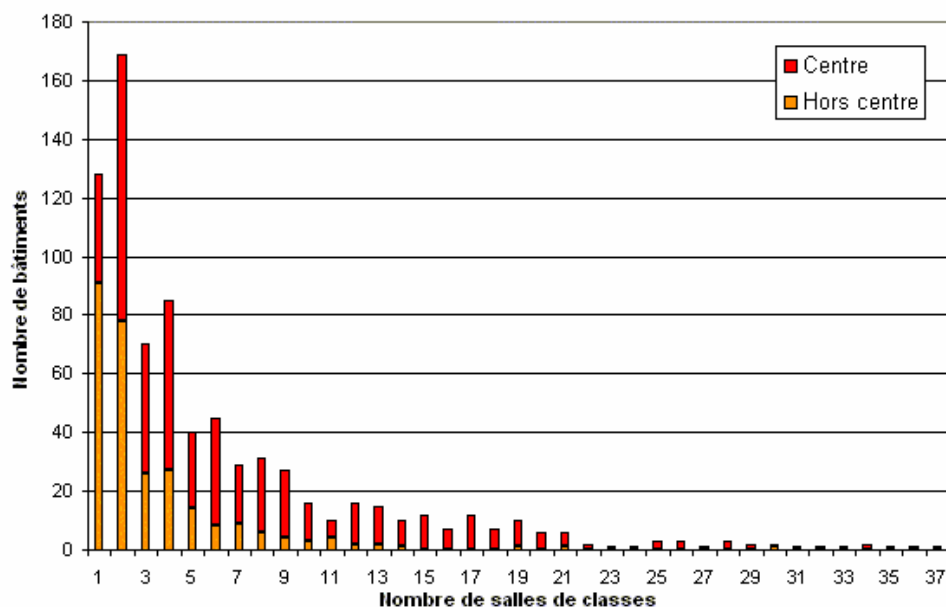
⁶² La loi scolaire en vigueur (1984) précise à son article 109 « Les communes sont tenues de mettre à disposition les locaux et installations nécessaires à l'enseignement ».

conséquences en matière d'application de la législation publique se font ressentir. Il n'est ainsi pas étonnant de constater des cas où la procédure de gré à gré en urgence a été appliquée ou, comme cela a été constaté au cours de l'audit, des cas où la procédure ouverte n'a pas été respectée ou encore que pour des marchés soumis à la procédure sur invitation, la concurrence a été insuffisamment stimulée.

On souligne toutefois que les dispositions prévues par la nouvelle loi sur l'enseignement obligatoire qui rentrera en vigueur le 1^{er} août 2013⁶³ fournissent les bases pour qu'une amélioration de la planification soit réalisée. En effet, la collaboration entre les différents acteurs : communes (et associations de communes), directions scolaires et Canton)⁶⁴ est désormais stipulée dans la loi.

Ce renforcement de la collaboration est d'autant plus nécessaire, que les besoins en matière de construction scolaires iront en croissant. En effet, l'organisation scolaire doit actuellement s'accommoder d'un grand nombre de bâtiments au nombre de classes réduit (voir graphique ci-dessous) - avec les conséquences que cela implique déjà au niveau de la gestion des transports des élèves. De plus, l'introduction de la nouvelle loi scolaire entraînera simultanément le besoin de tendre à regrouper les deux voies secondaires dans un même établissement/bâtiment et de rattacher le cycle de transition (5^{ème} et 6^{ème} année actuelle) au secteur primaire.

Répartition des bâtiments scolaires par nombre de salles de classes disponibles, 2006



Source: DFJ

Etat de Vaud, Observatoire du territoire

⁶³ Loi sur l'enseignement obligatoire (LEO) du 7 juin 2011

⁶⁴ « Les communes, d'entente avec l'autorité cantonale et les directions d'établissement, planifient et mettent à disposition des établissements les locaux, installations, espaces, équipements et mobiliers nécessaires à l'accomplissement de leur mission ». (LEO, art. 27 al.1)

Cette évolution est également renforcée, d'une part, au niveau national par le concordat HarmoS qui prévoit également un regroupement des niveaux au sein des établissements scolaires et, d'autre part, du fait des exigences de l'art. 63a de la Constitution vaudoise incombant aux communes en matière d'école à journée continue.

Les besoins en regroupement de locaux scolaires vont donc évoluer de manière croissante ces prochaines années, avec en parallèle une importante augmentation de 17'000 élèves attendue d'ici 2025 (+20%).

Lors de ses consultations, la Cour a pu remarquer une initiative positive prise en matière de planification au sein d'une association scolaire intercommunale. Ce projet, actuellement en cours, se concrétise par l'utilisation des outils à disposition et une bonne collaboration avec les services du Canton. Cette démarche s'inscrit dans une perspective découlant de l'article 27 de la LEO.

Une réponse structurée devrait être donnée aux besoins de planification et à la coordination insuffisante entre les différents acteurs (canton, communes, associations de communes, directions scolaires), en application des dispositions prévues par la LEO. En effet, la situation actuelle ne permet pas une planification adéquate par l'ensemble des communes des constructions scolaires qui leur incombent, et, partant, a des impacts négatifs sur l'application des conditions concurrentielles découlant de la loi sur les marchés publics.

7.2 Les procédures "hybrides" : un statut flou

7.2.1 Le gré à gré sur la base d'offres comparatives : une pratique usuelle

La Cour a constaté durant ses travaux la pratique usuelle consistant à demander des offres comparatives dans le cadre de la procédure de gré à gré.

Cette pratique est toutefois jugée non admise par différents auteurs⁶⁵. Ils sont d'avis que si la volonté de l'adjudicateur est d'instaurer la concurrence, il faut qu'il respecte la forme des procédures concurrentielles prévues par la loi - à savoir les procédures ouvertes, sélectives et sur invitation - avec tout ce qu'elles impliquent⁶⁶. Il n'y a par définition pas d'appel d'offres dans la procédure de gré à gré⁶⁷.

D'autres spécialistes considèrent cependant que la sollicitation de plusieurs offres dans une procédure de gré à gré est autorisée - et de fait cette pratique est très largement répandue.

⁶⁵ Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts de P. Galli, A. Moser, E. Lang, E. Clerc, Ed. Schulthess, ainsi que G. Ganz et la thèse de D. Kuonen (2005)

⁶⁶ Il est en effet tout à fait loisible au pouvoir adjudicateur d'appliquer une procédure pour un montant de marché inférieur à la limite prescrite lorsqu'il en respecte toutes les autres conditions.

⁶⁷ Arrêt du Tribunal cantonal du 25 novembre 2009 (MPU.2009.0016)

Par son arrêté du 25 mai 2005, le Conseil d'Etat neuchâtelois a décidé de supprimer la limitation du nombre d'offres que les communes peuvent requérir dans les marchés publics relevant de la procédure de gré à gré, qui étaient auparavant limitées à deux⁶⁸.

Le « Guide pour l'adjudication de marchés publics dans le canton de Berne » mentionne également que l'adjudicateur peut choisir librement les candidats qu'il souhaite inviter à soumissionner dans la procédure de gré à gré.

Pour la Cour, il faut distinguer "une procédure d'appel d'offres" et "une offre comparative" - cette dernière permettant de s'assurer que le prix articulé par l'entreprise sollicitée dans la procédure de gré à gré n'est pas surfait. Il serait évidemment contraire à l'intérêt public (bonne gestion des finances publiques) de s'interdire de vérifier que le destinataire de la demande d'offre - sachant qu'il est seul en lice - pratique des prix surfait.

Des règles devraient néanmoins être définies afin de prévenir de potentiels abus, par exemple ceux qui pourraient fausser la concurrence par du marchandage entre les différentes entreprises qui ont établi une offre.

7.2.2 Besoin de clarification des alternatives aux procédures de concours - Une attente des communes

Avant la mise en oeuvre d'un projet de construction d'une certaine importance, le pouvoir adjudicateur est confronté à différentes options qui ont des conséquences importantes. Au-delà de celles qui portent sur la construction elle-même, ces options portent notamment sur le choix des procédures de passation des marchés publics pour l'attribution du mandat d'architecte.

On peut en particulier distinguer le concours et le mandat d'études parallèles⁶⁹ - qui ressortent directement de la loi vaudoise ou de son règlement - ainsi que les procédures *ad hoc* telle que « l'appel d'offre fonctionnel⁷⁰ ». Par ailleurs, les pouvoirs adjudicateurs peuvent aussi décider d'une autre alternative qui consiste à lancer un appel d'offres pour le choix d'une entreprise générale ou totale sur la base d'un cahier des charges.

Au sujet des concours⁷¹, certaines communes ont exprimé des réticences face à cette procédure. Elles lui reprochent d'octroyer un pouvoir trop important à l'architecte lauréat, les empêchant parfois de réaliser certaines options qu'elles estiment nécessaires en tant que maître de l'ouvrage.

⁶⁸ « Les communes ont désormais la possibilité de demander des offres à un nombre illimité de soumissionnaires » selon courrier aux communes du 3 juin 2005 du Département de la justice, de la sécurité et des finances de la République et canton de Neuchâtel

⁶⁹ Il faut mentionner que si en matière de concours et de mandats d'études parallèles « l'adjudicateur choisit la forme de concurrence et fixe la procédure selon les cas » conformément à l'art. 22 RLMP-VD, on relève également à ce même article qu'« il applique dans la règle les normes professionnelles, notamment les règlements SIA 142 et 143, ainsi que les principes généraux pour les concours d'arts plastiques ».

⁷⁰ La jurisprudence a notamment proposé une définition de « l'appel d'offres fonctionnel » dans l'arrêt GE.2003.0038 du 4 juillet 2003.

⁷¹ Norme SIA 142, édictée par la Société éditée par la Société suisse des ingénieurs et des architectes.

Ces communes ont également relevé l'importance des coûts engendrés par la procédure, les questions liées à la propriété intellectuelle en cas de désaccord avec le maître d'œuvre, les délais jugés importants ainsi que les risques de rejet par la population du projet retenu par le jury.

La procédure du mandat d'études parallèles est quant à elle peu utilisée (Norme SIA 143)⁷².

Enfin les différents types d'appels d'offres fonctionnels - qui constituent une alternative aux concours - ne font actuellement pas l'objet de définitions clairement établies⁷³. Ceci a pour conséquence de laisser les communes et leurs mandataires dans une incertitude qui - en cas de recours - doit être tranchée devant les tribunaux.

Il appartient cependant au pouvoir adjudicateur de mettre en œuvre des procédures qui contrecarrent ces faiblesses dans le cadre de sa liberté contractuelle. Un soutien apparaît nécessaire aux communes dans ce domaine.

7.3 Les possibilités de l'adjudicateur de modifier son appel d'offres : des limites restrictives mais peu claires !

L'article 35 RMP est strict : "Les négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires sur ...les modifications des prestations sont interdites."

Cependant selon la doctrine⁷⁴ il n'y aurait pas d'obstacle à une modification du projet avant l'échéance du délai pour le dépôt des offres, pour autant que celui-ci soit annoncé à l'ensemble des soumissionnaires et que le délai soit, si nécessaire, adapté en conséquence.

La situation est plus complexe lorsque le projet est modifié après l'ouverture des offres car un tel procédé est de nature à entraîner des abus. Il faudrait notamment que les soumissionnaires dont les offres ont été prises en considération dans le processus d'évaluation soient tous informés de ce changement de manière non discriminatoire. Ils doivent également disposer du temps nécessaire pour recalculer l'intégralité de leur offre dans la mesure où la modification du projet est de nature à modifier l'équilibre économique de celle-ci. Enfin, il va de soi qu'une telle modification ne peut porter que sur des éléments d'importance secondaire, dans le cas contraire, un nouvel appel d'offres s'impose.

⁷² La raison invoquée porte sur les coûts que cette procédure implique au stade de l'étude préliminaire de plusieurs projets (sous réserve des investissements très importants comme la construction d'un hôpital par exemple). En outre, cette procédure n'est pas autorisée pour les entités publiques de rang fédéral.

⁷³ La SIA prévoit prochainement l'édition d'un règlement sur ce type de variante.

⁷⁴ H. Stöckli, cité dans l'arrêt GE.2003.0038, TA, 04.07.2003

On retrouve des remarques similaires chez d'autres auteurs (Zufferey/Maillard/Michel) :

"L'adjudicateur ne pourra se contenter d'une offre modifiée ou supplémentaire de la part des soumissionnaires annoncés que s'il serait disproportionné d'exiger une nouvelle procédure de soumission complète ou s'il a pris le soin d'annoncer à titre préventif dans son appel d'offre initial la possibilité que des modifications de programme limitées interviennent. Dans ces hypothèses, l'adjudicateur prendra soin de traiter tous les soumissionnaires sur un pied d'égalité".

Le pouvoir adjudicateur pourra également se réserver la possibilité dans la formulation de son appel d'offres d'attribuer le marché par lots. Il ne peut pas cependant réduire unilatéralement les prestations prises en compte, car il ne peut savoir comment sans elles les soumissionnaires auraient formulé leur prix ; il doit donc leur donner à tous la possibilité de présenter une nouvelle offre modifiée.

7.4 Correction du contenu des offres reçues : une marge de manoeuvre restreinte qui est peu connue

Une fois déposée, une offre ne peut plus être modifiée. En outre, le droit vaudois interdit les rounds de négociation (art. 35 RLMP-VD). Dès lors, il ne reste qu'une marge de manoeuvre très étroite au pouvoir adjudicateur lors de l'épuration des offres et de la mise au point du contrat.

Pour ce qui est des erreurs contenues dans l'offre : le pouvoir adjudicateur ne peut en accepter la correction que si c'est une erreur de plume ; il ne peut pas modifier un chiffre dès qu'il pourrait avoir été voulu par le soumissionnaire. Il peut ainsi corriger une position du devis s'il apparaît que la multiplication du prix unitaire par la quantité est fautive ; il ne peut par contre pas corriger un prix unitaire - même s'il paraît étonnant.

Quant au montant final de l'offre, il ne peut pas être corrigé si c'est un prix forfaitaire ; s'il s'agit de l'addition de prix unitaires, il ne peut être modifié que si le soumissionnaire n'en a pas fait un engagement spécifique.

8. Conclusions et recommandations

8.1 Réponses aux questions d'audit

Question principale de l'audit (Axe I)

Les conditions concurrentielles mises en oeuvre par les communes lors de la passation des marchés publics sont-elles conformes à la législation sur les marchés publics et aux règles de bonnes pratiques ?

L'examen des cas concrets de marchés publics a démontré la nécessité du renforcement de l'application de la législation. En effet, les marchés définis dans près de 60% des préavis municipaux comprennent des non-conformités d'importance élevée soit à la législation sur les marchés publics, soit aux bonnes pratiques concurrentielles⁷⁵. Si l'on considère l'ensemble des non-conformités, y compris celles jugées d'importance moyenne, la proportion de préavis comprenant des objets non conformes s'élève même à 80%. De même la presque totalité des mandats de prestations de services répétitives n'a pas été soumise à la procédure concurrentielle adéquate.

L'audit a néanmoins révélé que les communes s'efforcent de soumettre leurs marchés à la concurrence et que son effet est globalement perceptible au niveau des prix. L'amélioration de la conformité dans l'application des procédures de marchés publics est ainsi d'autant plus recommandée que des effets bénéfiques sont à en attendre.

Question secondaire de l'audit (Axe II)

Les communes ont-elles mis en place une organisation, des procédures et un système de contrôle adéquats pour réaliser et gérer leurs marchés publics conformément à la LMP-VD ?

L'organisation mise en place au sein des communes analysées doit être renforcée par la supervision et la surveillance des procédures appliquées en matière de marchés publics. Cette démarche pourra être concrétisée après la clarification de différents aspects légaux et réglementaires et le raffermissement de la formation des agents publics (municipalités et services techniques communaux).

⁷⁵ La quasi-totalité des non-conformités se réfèrent aux conditions concurrentielles définies dans la LMP, un seul cas ne relevant pas de la LMP ou de sa jurisprudence a été constaté et jugé non conforme selon les bonnes pratiques concurrentielles validées par les experts consultés pour cet audit. (voir chiffre 5.4)

8.2 Constatations et recommandations

A l'issue de ses travaux, la Cour formule six constatations et recommandations.

CONSTATATION N° 1

L'offre de formation sur l'application des procédures en matière de marchés publics est largement insuffisante.

Risques / Conséquences

Les procédures requises par la loi ne sont pas appliquées ou de manière non-conforme.

Impact sur les fonds publics par une concurrence pas suffisamment stimulée.

RECOMMANDATION N°1

Développer une offre de formation qui soit adaptée aux tâches, compétences et responsabilités des différents agents publics (municipalité, services techniques communaux) ainsi que pour leurs mandataires.

CONSTATATION N° 2

Différents domaines d'application de la loi ne sont pas suffisamment clarifiés, notamment la question portant sur la sollicitation de plusieurs offres dans la procédure de gré à gré.

Risques / Conséquences

Les procédures ne respectent pas les dispositions légales et/ou ne sont pas appliquées de manière systématique.

Impact sur les fonds publics par une concurrence pas suffisamment stimulée.

RECOMMANDATION N°2

Mettre à jour les aspects relevant de la situation vaudoise du « Guide romand des marchés publics »⁷⁶ et clarifier différentes notions techniques selon les besoins de chaque catégorie d'utilisateurs (représentants du pouvoir adjudicateur, services techniques, mandataires, entités chargées du contrôle des procédures, etc.).

La sollicitation de plusieurs offres dans la procédure de gré à gré est notamment un sujet de doctrine controversé. Elle devrait être définie de manière explicite afin de permettre l'alignement de la pratique des communes avec le dispositif légal et de la distinguer formellement de la procédure sur invitation.

⁷⁶ Cette base de références techniques est éditée par la Conférence romande des marchés publics (CROMP)

CONSTATATION N° 3

Différentes possibilités s'offrent aux communes lorsqu'elles souhaitent mettre en œuvre des projets de construction importants. Elles sont toutefois démunies pour connaître l'implication de leurs décisions sur leurs projets en relation avec l'application des procédures de marchés publics.

Risques / Conséquences

Impact sur les fonds publics pour des choix qui ne correspondent pas aux besoins des pouvoirs adjudicateurs

RECOMMANDATION N°3

Les communes devraient pouvoir bénéficier d'un soutien leur permettant de clarifier les enjeux et les contraintes des différentes formes d'organisation de leurs marchés (concours, mandat d'études parallèles, appel d'offres fonctionnel, autres procédures, etc.), avec les options particulières qu'elles peuvent mettre en œuvre lorsqu'elles se réfèrent aux normes professionnelles des acteurs du domaine de la construction.

CONSTATATION N° 4

Les différentes mesures de contrôle que les communes mettent en place pour s'assurer du respect des procédures sont réduites et non formalisées. Pour les objets d'investissement, ces vérifications devraient prendre en compte les différentes étapes du projet, soit de la planification au décompte final. En outre, il convient également de contrôler les procédures appliquées aux prestations de services et aux achats répétitifs.

Risques / Conséquences

Les procédures ne respectent pas les dispositions légales et/ou ne sont pas appliquées de manière systématique.

Impact sur les fonds publics par une concurrence pas suffisamment stimulée.

RECOMMANDATION N°4

Renforcer le contrôle interne et, en particulier, documenter les contrôles clés.
Désigner un spécialiste agissant comme référent - sur un plan communal ou intercommunal - pour l'application des procédures en matière de marché public, ainsi que pour le respect des conditions concurrentielles.

CONSTATATION N° 5

La surveillance prévue par la loi (LMP-VD) n'est pas effective.

Risques / Conséquences

L'absence de surveillance ne permet pas de s'assurer que les procédures respectent les dispositions légales et/ou sont appliquées de manière systématique.

RECOMMANDATION N°5

Conformément à la loi, mettre en œuvre de manière effective par l'autorité compétente la surveillance de l'application de la législation sur les marchés publics (art. 14 LMP-VD).

CONSTATATION N° 6

La situation actuelle ne permet pas une planification adéquate des constructions scolaires qui incombent aux communes alors qu'elles doivent faire face à des besoins complexes et croissants. A un degré élevé, des carences de planification peuvent amener le pouvoir adjudicateur à conduire des investissements en urgence sans appliquer les conditions concurrentielles prévues par la législation.

Risques / Conséquences

Stimulation réduite de la concurrence par l'application de procédures d'urgence requises par des intérêts publics prépondérants.

Mauvaise utilisation des fonds publics découlant de constructions scolaires pas adaptées aux besoins.

RECOMMANDATION N°6

Assurer une meilleure planification en matière de constructions scolaires par une coordination développée entre les différents acteurs (Canton, communes, associations de communes, directions scolaires) – telle que le prévoit la nouvelle loi scolaire - afin de permettre un meilleur respect de l'application des conditions concurrentielles dans les marchés publics rattachés à ce domaine.

D'une manière générale, et pour tous les domaines d'investissement, une planification adéquate diminue le risque de devoir recourir à la procédure d'urgence prévue à l'article 8 RLMP-VD

9. Observations des entités auditées

9.1 Communes auditées

9.1.1 Cheseaux-sur-Lausanne



Cour des comptes du
canton de Vaud
Monsieur Stefano Granieri
Rue Langallerie 11
1014 Lausanne

Cheseaux, le 7 décembre 2012

Application des conditions concurrentielles en matière de marchés publics au sein de 8 communes vaudoises de taille moyenne

Monsieur,

Nous avons bien reçu le rapport du 15 novembre 2012 concernant l'audit susmentionné et vous en remercions.

Suite à notre entretien du 3 décembre dernier auquel participait également Madame Christina Maier, nous vous adressons un résumé des observations discutées lors de cette séance.

Nous tenons tout d'abord à relever la très bonne qualité de ce rapport bien structuré, clair, concis, basé sur des constatations fondées.

Recommandation no 1

Nous pensons que nombre de non-conformités sont dues à la méconnaissance ou l'incompréhension des procédures et saluons une offre de formation adaptée aux municipalités, services techniques communaux et mandataires.

Recommandation no 2

Il est important de clarifier les tâches et responsabilités des municipalités, services techniques et mandataires, tout en gardant à l'esprit que la grande majorité des municipaux le sont à temps partiel et que leurs sollicitations doivent rester compatibles avec des municipalités de milice.

La demande de plusieurs offres dans la procédure de gré à gré est une pratique courante. Il convient de clarifier cette procédure et de la garder la plus simple possible.

J.

Recommandation no 3

Tout soutien permettant de choisir la forme d'organisation la plus adéquate en fonction des besoins et des ressources disponibles lors du lancement d'un projet important est le bienvenu.

Recommandation no 4

La formation d'un spécialiste interne et l'usage de check-lists pour contrôler l'application des procédures devraient garantir le respect des conditions concurrentielles.

Recommandation no 5

L'accent doit être mis sur la formation et le conseil. Une surveillance trop pointilleuse risque d'être gourmande en ressources et de ralentir les projets.

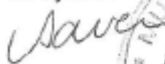
Recommandation no 6

Une augmentation importante de la population est attendue ces prochaines années dans le secteur Romanel - Lausanne Vernand - Cheseaux. Un groupe de travail a été mis sur pied par le Schéma Directeur Nord Lausannois (SDNL) pour évaluer les besoins scolaires et parascolaires. Le soutien du canton et des autorités scolaires est indispensable pour trouver la forme d'organisation, les infrastructures et le financement, qui soient réalisables, flexibles et évolutifs en fonction des étapes de développement.

Nous vous remercions de votre compréhension des situations communales et de l'esprit constructif qui a régné lors de cet audit et vous prions d'agréer, Monsieur, nos salutations distinguées.

AU NOM DE LA MUNICIPALITE

Le Syndic :



L. SAVARY

Le secrétaire :



P. KURZEN



9.1.2 Froideville



Municipalité de Froideville
Rue du Village 16
1055 Froideville
tél. 021 881 22 27
fax 021 881 22 38
info@froideville.ch

1055 Froideville, le 6 décembre 2012

Cour des Comptes
du Canton de Vaud
Rue de Langallerie 11
1014 Lausanne



Application des conditions concurrentielles en matière de marchés publics au sein de 8 communes vaudoises de taille moyenne

Madame la Présidente,

La Municipalité a pris connaissance du projet de rapport du 15 novembre 2012, lequel a retenu sa meilleure attention.

Nous tenons à vous faire part des remarques suivantes :

Point 1.1

Il n'y a jamais eu de variante acceptée puisqu'il s'agissait d'un 1^{er} tour, donc d'un appel à candidatures. Par ailleurs, il n'y en a tout simplement pas eu ni au 1^{er} tour ni au 2^{ème} tour. En outre, le mot « agrandissement » comprend bien le mot « extension » donc une augmentation des surfaces. Le fait que deux candidats se soient désolidarisés du bâtiment existant démontre bien que cette solution était acceptable et bien comprise comme possible par les concurrents, sinon ils s'en seraient plaints ou auraient déposé un recours, ce qui n'a pas été le cas. C'est bien le but d'un appel d'offres fonctionnelles que de laisser la liberté de la solution par rapport à un objectif défini de réalisation, un cahier des charges identique pour tous les candidats et une programmation stricte des locaux, sans oublier les normes sévères du domaine scolaire. De plus, le budget est fixé d'avance et le candidat doit proposer une solution fonctionnelle le respectant. Votre constat n'est pas acceptable de par la jurisprudence en la matière.

Point 1.2.

En relisant le tableau ci-dessous, il est aisé de constater que l'interprétation n'est pas bonne, puisque le « *montant total des travaux selon CFC 1 - Travaux préparatoires, 2 - Travaux de gros-œuvre et de second-œuvre et 4 - Aménagements extérieurs est estimé à CHF 3,35 millions hors TVA, hors honoraires et hors frais et taxes diverses* » selon le cahier des charges. Les montants ci-dessous sont honoraires et TVA comprises, ce qui aurait représenté un montant total d'environ 4,5 millions TTC en partant du montant estimé par le Maître de l'ouvrage. Nous ne voyons pas en quoi le montant de l'offre était trois fois supérieur.

Il est à nouveau rappelé que l'offre d'honoraires devait être calculée de manière équitable par les candidats sur la base de l'estimation du Maître de l'ouvrage et non de leur projet. Que par la suite le projet ait évolué et soit plus coûteux est dépendant des besoins et modifications de projet par le Maître de l'ouvrage, comme pour tout projet.

Contenu	paramètres	volume stan- dard	volume hors std	total	Commentaire sur le projet selon coût	Appréciation
	coût TTC y.c honoraires cube SA 416	287'000 528	4'132'330 5'905	4'419'330.0 6'433.0	Programme des locaux trop important. Concept constructif très massif, à base bois massif. Peu de préfabriqués. Formes et configuration compliquées, durée de chantier plus longue que les autres constructions.	Volume construction important, volumes et surfaces non prévus au concours. Projet peu rationnel.
	coût au cube	500.0	716.9	622.8		
	coût TTC y.c honoraires cube SA 416	409'200 882	4'076'123 5'872	4'485'323.0 6'754.0	Programme des locaux OK. Concept constructif en bois préfabriqué, très intéressant pour respecter les délais d'exécution sur place. Pas de matériaux nécessitant des temps de séchage.	Excellent rapport qualité construction - coût.
	coût au cube	660.0	731.9	717.5		
	coût TTC y.c honoraires cube SA 416	340'000 1'212	3'040'000 2'588	3'380'000.0 3'720.0	Programme des locaux OK. Concept constructif en bois préfabriqué, très intéressant pour respecter les délais d'exécution sur place. Pas de matériaux nécessitant des temps de séchage.	Volume construction important + coût au cube élevé.
	coût au cube	693.1	915.1	875.0		
	coût TTC y.c honoraires cube SA 416	748'000 1'859	3'443'000 5'585	4'191'000.0 7'444.0	Programme des locaux OK. Concept constructif massif bois-béton. Configuration assez compliquée en coupe verticale.	Volume construction important + coût au cube très élevé.
	coût au cube	402.8	615.9	562.6		

Point 1.6

La procédure a été correctement suivie, sauf que l'architecte a demandé également à l'entreprise de participer au 2^{ème} tour de l'appel d'offres pour le marché du vitrage d'entrée. En effet, lors de la soumission publique 5 entreprises se sont inscrites. Lors du développement du projet, il y avait un grand vitrage d'entrée (poteaux-poutres, avec pare-close « Raico » qu'un charpentier pouvait exécuter. Vu que seules 2 entreprises avaient répondu à l'offre de base, et encore de façon incomplète concernant cet article particulier, et étant donné que la demande d'offre a dû être complétée, il a été jugé utile de la proposer également à l'entreprise , celle-ci étant déjà inscrite et de plus adjudicataire pour la partie « charpente ». Tout ceci a été fait dans un souci d'économie, d'efficacité, et en toute bonne foi d'être parfaitement en règle.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, l'expression de nos sentiments les meilleurs.

AU NOM DE LA MUNICIPALITE

Le Syndic :

Michel PITTET



La Secrétaire :

Alice HENRY

9.1.3 Le Chenit



MUNICIPALITÉ
DU CHENIT

CANTON DE VAUD

Tél. 021 845 17 21

Fax 021 845 17 35

E-mail: municipalite@chenit.ch

Le Sentier, le 22 novembre 2012



Cour des Comptes
Rue Langallerie 11
1014 LAUSANNE

MAB/1110

Audit sur les conditions concurrentielles appliquées aux marchés publics des communes

Madame la Présidente, Madame et Messieurs les membres,

Pour faire suite à l'audit mené au sein de notre commune, la Municipalité a pris connaissance du projet de rapport qui sera soumis à l'examen de la cour des comptes.

La Municipalité se détermine comme suit :

1. En premier lieu, nous tenons à rappeler que la Municipalité a en permanence à l'esprit de veiller à stimuler la concurrence dans tous les mandats, travaux ou prestations de service qu'elle confie aux entreprises. Dès lors, pour toute dépense dépassant le seuil de Fr. 10'000.--, la Municipalité se détermine sur la base d'au moins trois offres comparables. Les critères d'évaluation varient en fonction de la nature de la dépense. Cette manière de faire est pleinement soutenue et même demandée par le Conseil communal.
2. S'agissant de l'organisation, notre commune ne dispose pas de ressources à l'interne capable de mener à bien une procédure de marché public. Nous devons donc nous reposer en premier lieu sur un mandataire externe, en règle générale un bureau d'ingénieurs de la place, pour les marchés relevant de la construction et du génie civil. Ni au niveau de la Municipalité, ni au sein de l'administration communale, nous ne disposons de personnes dûment formées, capables de garantir que la procédure est suivie comme la loi le prévoit. La Municipalité partage donc pleinement la position de la cour qui demande la mise en place d'un référant capable d'appuyer le pouvoir adjudicateur dans sa tâche.
3. La Municipalité relève, tout comme la cour des comptes, que la formation en matière de droit de la concurrence n'est pas satisfaisante. A notre connaissance, aucune formation continue convenable n'est dispensée par l'Etat ou ses organismes de formation. Cette offre devrait être renforcée.
4. La grande hétérogénéité des tâches confiées aux communes rend la définition de marché très difficile à appréhender pour un exécutif de milice. Nous notons que la Municipalité ne peut pas s'appuyer sur des documents de référence ou sur un recueil de bonnes pratiques pour définir ensuite la procédure à suivre. Cette

situation est extrêmement dommageable puisqu'elle conditionne l'ensemble des actes qui suivront.

5. La définition de marché répétitif est également une notion floue qu'il conviendrait d'explicitier. Les seuils devraient également être revus à la hausse et pour une durée de 5 ans (1 législature). Il faut noter qu'en règle générale, une commune a l'habitude de travailler avec ses prestataires de services répétitifs (par exemple : entreprise informatique). La Municipalité est convaincue que le changement de prestataire induirait pour une commune de taille moyenne des frais annexes bien plus importants que l'économie réalisée par la stimulation de la concurrence liée à l'application de la loi. De plus, vu les missions bien spécifiques de certains de ces prestataires, la concurrence est extrêmement faible et les variations de prix sont insignifiantes d'un soumissionnaire à l'autre.
6. Pour terminer, lors de sa visite, nous avait fait remarquer que les procès-verbaux d'ouverture des offres dans le cas de procédure sur invitation étaient manquants ou étaient non signés par le pouvoir adjudicateur. Après vérification avec notre mandataire, nous relevons que ces procès-verbaux sont bel et bien existants et sont signés par le mandataire et les représentants de la Municipalité. En cas de nécessité, nous sommes prêts à vous fournir des copies de ces documents.
7. D'une manière plus générale, nous notons que la mise en œuvre de la loi sur les marchés publics induit des travaux administratifs et de documentation lourds pour les soumissionnaires et les communes ainsi que pour leurs mandataires, quelque soit la taille des marchés. Ces frais peuvent être assimilés à des frais fixes. De plus, pour une commune d'environ 4'500 habitants, nous relevons que les montants des marchés soumis à procédure ouverte dépassent rarement le million de francs. Ces charges fixes représentent donc une proportion importante de la valeur totale du marché. Les coûts administratifs sont naturellement répercutés dans la facture finale, mise à la charge du contribuable. La Municipalité considère qu'il serait intéressant d'évaluer dans quelle mesure ces charges administratives, liées à l'application de la loi sur les marchés publics, ne dépassent pas les économies réalisées lors de la stimulation de la concurrence.

Nous vous remercions de prendre note de ce qui précède et nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Madame et Messieurs les membres, nos salutations distinguées.

AU NOM DE LA MUNICIPALITE
Le Syndic  Le Secrétaire.

Jeannine RAINAUD Marc-André BURDET

Copie à : Bureau d'études techniques Thorens et Associés SA

9.1.4 Leysin



Corinne Delacrétaz
<Corinne.Delacretaz@leysin.ch>
06.12.2012 11:01

A "info.cour-des-comptes@vd.ch"
<info.cour-des-comptes@vd.ch>
cc Jean-Jacques Bonvin <Jean-Jacques.Bonvin@leysin.ch>,
Jean-Marc Udriot <syndic@leysin.ch>
cc
Objet Application des conditions concurrentielles en matière de
marchés publics au sein de 8 communes vaudoises de taille
moyenne

A l'attention de Monsieur Stefano GRANIERI

Monsieur le Magistrat,

La Commune de Leysin a pris connaissance de votre rapport d'audit susmentionné et n'a aucune remarque particulière à vous communiquer.

En vous remerciant de prendre bonne note de ce qui précède, nous vous prions de croire, Monsieur le Magistrat, à l'assurance de notre considération distinguée.

Corinne Delacrétaz



Greffe Municipal
Maison de Commune
1854 Leysin
Tél.: +41 (0)24 493 45 40
Fax: +41 (0)24 493 45 49

9.1.5 Prangins



MUNICIPALITÉ DE PRANGINS



Prangins, le 23 novembre 2012

N/réf.: MB/dr/FB/DK/20.07/941
Affaire traitée par
M. F. Bryand, Syndic, et
Mme M. Baud, Municipale

COUR DES COMPTES DU
CANTON DE VAUD
Rue de Langallerie 11
1014 LAUSANNE

Application des conditions concurrentielles en matière de marchés publics au sein de 8 communes vaudoises de taille moyenne

Madame la Présidente,
Monsieur le Vice-Président,

Nous accusons réception de votre courrier du 15 novembre 2012 dans le cadre de l'affaire citée en marge. Celui-ci a retenu toute notre attention et nous vous en remercions.

En ce qui concerne le point No 5.4.6 de votre rapport, nous nous permettons de préciser que la Commune de Prangins a bien fait publier les décisions d'adjudication sur le site simap.ch (voir document ci-joint).

Par ailleurs et de manière plus générale, nous tenons à relever une forme de discordance dans le traitement des informations publiées dans ce rapport. En effet, si les huit communes choisies pour ce travail d'audit sont nommément citées, les conclusions sont en revanche traitées de manière globale sans faire état du nom des communes.

Dans la mesure où certains résultats sont loin d'être satisfaisants ("plus de la moitié des cas non-conformes", "plus de 80% des préavis touchés au moins par une non-conformité"), votre approche pénalise les communes qui ont travaillé de manière correcte et qui sont ainsi assimilées aux "mauvais élèves" du panel choisi.

-2-

Nous proposons de renoncer à citer les communes choisies pour l'audit ou, ce qui serait peu judicieux à nos yeux, d'affecter les cas de non-conformité aux communes concernées. Toutefois, ceci aurait le mérite d'éviter des suspicions non conformes à la réalité et de récompenser les communes qui ont fait l'effort de respecter les procédures (16%).

En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à ces lignes et de la suite que vous y donnerez, nous vous prions de croire; Madame la Présidente, Monsieur le Vice-Président, à l'expression de nos sentiments distingués.

AU NOM DE LA MUNICIPALITE

Le Syndic



François Bryand



Le Secrétaire



Daniel Kistler

Annexe : décisions d'adjudication sur le site simap.ch

Remarque de la Cour :

Il avait déjà été tenu compte dans le projet de rapport présenté à la Commune de Prangins que toutes les décisions d'adjudication avaient fait l'objet d'une publication conforme.

9.1.6 Préverenges



Cour des comptes du Canton de
Vaud
Rue de Langallerie 11
1014 Lausanne

V réf.
N° réf. 42811/1/PC/smv

1028 Préverenges, le 6 décembre 2012
☎ 021/811.50.50 – fax 021/811.50.51

Application des conditions concurrentielles en matière de marchés publics au sein de 8 communes vaudoises de taille moyenne

Messieurs,

Dans sa séance du 3 ct, la Municipalité a pris connaissance du projet de rapport sur l'application des conditions concurrentielles en matière de marchés publics au sein de 8 communes vaudoises de taille moyenne.

La Municipalité vous remercie de votre travail qui permet de bien mettre en lumière la complexité des procédures et les difficultés d'application de la législation sur les marchés publics.

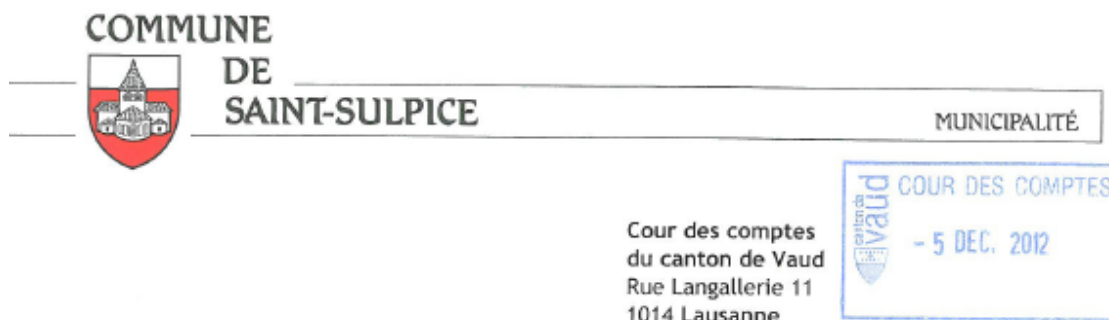
Nous vous transmettons, en annexe, un exemplaire du rapport sur lequel figurent quelques erreurs de forme constatées à la lecture du document.

En vous remerciant de votre précieuse collaboration, nous vous prions d'agréer, Messieurs, nos salutations les meilleures.

Au nom de la Municipalité
Le Syndic :  G. Delacrétaz
Le Secrétaire :  P. Crausaz

Annexe ment.

9.1.7 St-Sulpice



N/Réf. YL/mr
Administration

Saint-Sulpice, le 4 décembre 2012

Application des conditions concurrentielles en matière de marchés publics
au sein de 8 communes vaudoises de taille moyenne

Madame la présidente,
Monsieur le vice-président,

La Municipalité de Saint-Sulpice a pris connaissance avec intérêt de votre rapport du 15 novembre 2012 concernant l'audit sur les conditions concurrentielles en matière de marchés publics au sein de 8 communes vaudoises de taille moyenne et l'a parcouru attentivement.

Celui-ci n'appelle aucun commentaire de sa part sur la forme, les faits retranscrits correspondant, pour notre commune en tout cas, aux éléments transmis aux auditeurs et aux constatations faites en séance.

Sur le fond, la Municipalité relève l'intérêt de cet audit qui met en lumière les points à corriger pour une saine application par les communes de la législation sur les marchés publics et qui pourra servir de référence quant aux points à surveiller lors de l'attribution de futurs marchés, tant en interne que lors du recours à des mandataires externes.

Veillez recevoir, Madame, la présidente, Monsieur le vice-président, nos salutations distinguées.

AU NOM DE LA MUNICIPALITÉ

Le Syndic :

Le Secrétaire :

J.-C. Cerottin

Y. Leyvraz

9.1.8 Villeneuve



Cour des Comptes du Canton de Vaud
Mme Eliane REY
Présidente
Rue de la Langallerie 11
1014 LAUSANNE

Villeneuve, le 7 décembre 2012/YCX/cp

Egalement envoyé par courriel le 07.12.2012

Application des conditions concurrentielles en matière de marchés publics au sein de 8 communes vaudoises de taille moyenne

Madame la Présidente,

Votre rapport du 15 novembre 2012, relatif à l'objet cité en titre, nous est bien parvenu et son contenu a retenu notre meilleure attention.

Nous vous informons que la Municipalité en a pris connaissance et n'a aucune remarque à formuler. En effet, ce rapport correspond parfaitement aux points que vous avez mis en évidence lors des contacts avec notre Autorité.

Nous tenons à vous remercier pour la qualité de votre document et pour le climat très constructif qui a prévalu lors de nos différents échanges avec vos collègues.

Vous souhaitant bonne réception de ces lignes, nous vous prions de croire, Madame la Présidente, à l'assurance de nos sentiments distingués.

Au nom de la Municipalité :
La Syndique : P. D. Lachat Le Secrétaire : Y. Cheseaux

Copie à : Service des travaux

Case postale 16, Grand'Rue 1, 1844 Villeneuve, Tél. 021 967 07 07 Fax 021 967 07 10

10. Autres prises de position

10.1 Secrétariat général du Département cantonal des infrastructures et des ressources humaines



Département des infrastructures
et des ressources humaines
(DIRH)

Le Secrétaire général

Place de la Riponne 10
1014 Lausanne



Personnel et confidentiel

Cour des comptes
A l'att. de Mme Eliane Rey, Présidente,
et de M. Stefano Granieri, Vice-Président
Rue de Langallerie 11
1014 Lausanne

N/Réf.: GRI

Lausanne, le 7 décembre 2012

Application des conditions concurrentielles en matière de marchés publics au sein de 8 communes vaudoises de taille moyenne – observations relatives au projet de rapport de la Cour des comptes du 15 novembre 2012

Madame la Présidente, Monsieur le Vice-Président,

Donnant suite à votre courrier du 15 novembre 2012 et conformément au délai imparti à cet effet, nous vous faisons part, ci-après, de nos observations relatives aux constatations et recommandations no 1, 2 et 5 du projet de rapport cité en exergue.

a) Constatations et recommandations no 1 :

Depuis près de dix ans (2003), l'Etat de Vaud participe à l'organisation de cours de formation sur les marchés publics. La formation, d'abord dispensée sur trois jours par un expert, fut ensuite réduite à deux jours pour différentes raisons, notamment une baisse de la fréquentation. Ainsi, en 2006, deux cours de base sur trois jours ont été supprimés faute de participants suffisants. Jusqu'en 2011, une formation sur deux jours a été proposée par le Centre d'éducation permanente, Lausanne (CEP), à raison de trois sessions par année. Aujourd'hui, le CEP continue de proposer une offre de cours de formation sur les marchés publics à laquelle la Ville de Lausanne est associée. Cette formation de base s'étend sur une demi-journée et peut être complétée d'une demi-journée supplémentaire concernant l'application de la plateforme internet simap. Dès l'année 2013, le cours de formation de base sera complété d'une nouvelle offre de cours (une journée supplémentaire) pour aborder dans le détail les barèmes de pondération et de notation appliqués par l'administration cantonale vaudoise lors de la passation des marchés. Ces cours de formation sont accessibles aux collaborateurs des communes. Ils font l'objet de trois sessions par année. En ce qui concerne en revanche les mandataires des communes, les associations professionnelles, à l'instar de la SIA, organisent des cours de formation sur le thème des marchés publics.

A la demande d'une commune ou d'une association de communes, le Centre de compétences sur les marchés publics du canton de Vaud (CCMP-VD) organise des conférences sur les marchés publics. Une demande de l'Association de la Région Cossonay-Aubonne-Morges (ARCAM) a pu être satisfaite en ce sens au cours de l'année 2012. Le 12 septembre 2012, les représentants des villes du canton ont été

Le Secrétaire général
Département des infrastructures et des ressources humaines
www.vd.ch – T 41 21 316 70 03 – F 41 21 316 71 34
michel.rubattel@vd.ch

1

conviés à participer à une conférence du Secrétariat d'Etat à l'économie (SeCO) au sujet des cartels de soumission, conférence organisée par le CCMP-VD.

Ces conférences mises à part, le CCMP-VD veille à tenir les communes informées des dernières modifications législatives en matière de marchés publics, notamment par la publication d'articles dans le périodique canton-communes et l'envoi de courriels. Il répond aux questions juridiques des communes et de leurs mandataires déposées sur la boîte info.ccmp@vd.ch.

b) Constatations et recommandations no 2 :

Le gré à gré multiple ne constitue pas une pratique autorisée en droit vaudois. La loi (art. 7, al. 1, let. c LMP-VD) ainsi que la jurisprudence cantonale sont on ne peut plus clairs à cet égard : il n'y a pas d'appel d'offres dans la procédure de gré à gré (cf. art. 7, al. 1 let. c LMP-VD). Ainsi, la sollicitation de plusieurs offres dans le cadre d'un marché dont la valeur se situe en dessous du seuil de la procédure sur invitation a pour effet de rendre applicables les règles de la procédure sur invitation à ce marché. Il n'appartient pas à l'Etat, encore moins aux tribunaux, d'adapter une législation existante à une pratique inconvenante suivie par certaines communes. Dans les réponses juridiques qu'il délivre, le CCMP-VD a rappelé à de nombreuses reprises l'illicéité du gré à gré multiple qui conduit, en général, à bafouer l'interdiction des négociations pourtant citée au rang des principes généraux du droit des marchés publics par l'art. 11, litt. c A-IMP (cf. aussi art. 35 RLMP-VD), mais aussi l'obligation de solliciter l'offre d'un soumissionnaire extérieur à la commune du lieu d'exécution du marché (cf. art. 7, al. 1, let. bbis LMP-VD) de manière à favoriser les entreprises locales. Le fait que certains cantons, et ils sont peu, aient introduit le gré à gré multiple dans leur réglementation n'a finalement aucune incidence sur la législation autonome vaudoise.

Lorsqu'en dessous des seuils de la procédure sur invitation, un pouvoir adjudicateur est à même de se faire une idée des prix pratiqués sur un marché, la loi lui offre la possibilité d'entrer directement en négociations avec un prestataire potentiel et d'adjuger de gré à gré. En revanche, si un pouvoir adjudicateur ne connaît pas suffisamment un marché pour entrer en négociations avec un prestataire et qu'il souhaite faire jouer la concurrence, il n'a d'autre choix que de lancer une procédure sur invitation. Quant aux règles particulières applicables à cette procédure, elles sont clairement énoncées tant à l'article 7, alinéa 1, lettre bbis LMP-VD qu'à l'article 9 RLMP-VD. Il y aura lieu d'insérer de nouvelles questions-réponses dans la FAQ proposée sur la page « marchés publics » du DIRH, pour donner davantage de précisions quant aux règles applicables à la procédure sur invitation.

S'agissant de la clarification de notions techniques telle que la différence entre le gros œuvre et le second œuvre, on trouve la réponse à l'article 3, alinéa 3 RLMP-VD : « *On distinguera les travaux de gros œuvre, qui sont les travaux constituant la structure porteuse d'une construction, de ceux du second œuvre* ». L'annexe (préliminaire) A du Guide romand sur les marchés publics prévoit également sous point 9 que : l'« *on différencie le gros-œuvre, soit tous les travaux nécessaires à la structure porteuse d'une construction (code des frais de construction CFC 17, 20, 21 et 41 selon le CRB), et le second-œuvre, soit tous les autres travaux* ». Comme relevé à juste titre dans le rapport, la différence entre le gros œuvre et le second œuvre fait également l'objet d'une question-réponse dans la FAQ mise en place sur la page internet du DIRH. Le Guide romand sur les marchés publics comprend enfin une définition des principaux termes utilisés en droit des marchés publics dans son annexe X.

c) Constatations et recommandations no 5 :

La surveillance des pouvoirs adjudicateurs prévue par la LMP-VD consiste principalement à établir un relevé des marchés passés pendant l'année par ces entités sous forme de statistiques pour se conformer aux exigences du droit international. Ces informations sont collectées chaque année par le Secrétariat général du DIRH sur la base des informations contenues dans la plateforme internet simap. Une forme de surveillance plus incisive à l'encontre des pouvoirs adjudicateurs n'est pas envisageable, notamment pour les raisons suivantes :

- le DIRH n'est pas investi des compétences légales ni des moyens nécessaires pour :
 - a. se saisir d'office d'un dossier lorsqu'il suspecte une violation des règles régissant les marchés publics par un pouvoir adjudicateur et procéder à des inspections ;
 - b. contrôler la validité de l'ensemble des décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs ; l'examen de la légalité d'une décision prise dans le cadre des marchés publics ne relève que de la compétence de l'autorité judiciaire saisie sur recours ;
 - c. s'opposer aux décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs en exerçant un droit de recours afin de saisir l'autorité judiciaire (par exemple pour contester le choix de la procédure appliquée dans un cas d'espèce) ;
 - d. infliger une sanction (disciplinaire) à un pouvoir adjudicateur vaudois ;
- cette surveillance ne pourrait être effective en l'absence de sanction prononcée à l'encontre des pouvoirs adjudicateurs qui enfreignent les règles régissant les marchés publics ; or, les cantons étaient tous opposés à cette possibilité lors de la mise sur pied de l'AIMP et la mise en place de telles sanctions poserait de nombreux problèmes en pratique ;
- dans le domaine des marchés publics, il n'existe pas de rapport hiérarchique réel entre le SG-DIRH et les autres pouvoirs adjudicateurs ; le DIRH est lui-même un pouvoir adjudicateur.

Une telle surveillance n'est d'ailleurs pas pratiquée dans les autres cantons romands. En sa qualité d'autorité de surveillance, le DIRH prononce des sanctions à l'encontre des entreprises (soumissionnaires et sous-traitants) qui emploient des travailleurs au noir. Ainsi, durant l'année 2010, une première entreprise active dans le domaine des déménagements et du transport a pu être exclue des marchés publics pour une durée de 12 mois en application de l'article 13 de la loi fédérale sur le travail au noir (LTN). Onze entreprises dont la condamnation pénale ne permettait pas de justifier une exclusion ont reçu une lettre d'information du SG-DIRH les rendant clairement attentives au respect de la législation en vigueur et aux risques encourus en cas de violation de celle-ci. Au cours de l'année 2011, cinq entreprises ont été exclues des marchés publics pour une durée variant de douze à dix-huit mois. Dix-neuf entreprises contrôlées par le Service de l'emploi ont reçu la lettre d'information du SG-DIRH. Depuis le début de l'année 2012, dix-huit entreprises ont été exclues des marchés publics pour une durée variant de 12 à 18 mois et douze sont sur le point de l'être. Au 5 novembre 2012, cent deux entreprises contrôlées ont reçu la lettre d'information du SG-DIRH.

A ces condamnations et mesures s'ajoute le prononcé d'une amende de 60'000 francs à une entreprise adjudicataire pour défaut de surveillance de son sous-traitant qui occupe des travailleurs au noir. La validité de cette amende a été confirmée par le Tribunal fédéral et constitue un précédent utile dans la lutte que le DIRH entend poursuivre contre le travail au noir.

Il apparaît finalement utile de rappeler qu'indépendamment de l'amende et/ou de l'exclusion que peut prononcer l'autorité de surveillance sur dénonciation, chaque pouvoir adjudicateur peut sanctionner par l'avertissement ou la révocation de l'adjudication, une violation, intentionnelle ou par négligence, des règles régissant les marchés publics par un soumissionnaire durant la procédure de mise en soumission ou l'exécution du contrat. L'autorité de surveillance ne peut prononcer la révocation de l'adjudication en lieu et place d'un pouvoir adjudicateur.

d) Remarques ad point 5.4.4 Procès-verbal d'ouverture : une signature souvent manquante (cf. rapport, p. 30, troisième phrase)

D'après l'article 31, alinéa 1 RLMP-VD, *"Les offres d'une procédure ouverte ou sélective parvenues dans les délais sont ouvertes à la date, à l'heure et au lieu indiqué dans les documents d'appel d'offres par au minimum deux représentants de l'adjudicateur"*. Il n'est pas nécessaire que le procès-verbal soit signé par deux collaborateurs internes du pouvoir adjudicateur. Il est tout à fait envisageable qu'il soit signé par un mandataire (architecte, ingénieur) et un collaborateur interne du pouvoir adjudicateur (maître de l'ouvrage). Le mandataire constitue en effet un représentant du pouvoir adjudicateur au sens des règles du mandat (394ss CO). Il ne serait, en revanche, pas admissible de faire signer le procès-verbal par le mandataire et sa secrétaire. Par conséquent, l'affirmation selon laquelle: *"Dans un grand nombre de cas (14 relevés dans le cadre de cet audit), le procès-verbal est signé par un représentant de l'adjudicateur (conseiller municipal, technicien communal ou autre) et le mandataire; il manque donc une signature d'un représentant de l'adjudicateur"*, n'est, à notre sens, pas correcte et devrait être modifiée.

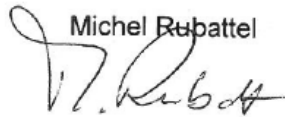
e) Remarques ad point 6.3 Ramassage des déchets : principale prestation concernée (cf. rapport, p. 38, dernier paragraphe)

S'il est vrai que le RLMP-VD n'impose pas de limite à la durée du contrat consécutif à une adjudication, le commentaire du RLMP-VD relatif à l'art. 4 précise: *"Les exemples des contrats à durée indéterminée sont nombreux; tous les contrats d'assurances (RC entreprise, retraite, etc.), des contrats de ramassage de déchets, de transports scolaires, des mandats d'organes de révision, de conseils, etc. La doctrine suggère d'interdire ce type de contrats à durée indéterminée. En effet, ceux-ci constituent une limitation excessive et prohibée de la liberté d'accès au marché. Il en va de même pour les contrats de durée déterminée prévoyant une clause de reconduction tacite d'année en année, sauf si un terme au contrat est prévu. Par conséquent, nous préconisons que ce type de marché soit clairement limité dans le temps (par exemple 3 ou 5 ans maximum). C'est à l'adjudicateur de décider quelle durée est la plus appropriée. [...] La valeur du marché, qui déterminera le degré d'ouverture et le type de procédure, sera la valeur annuelle multipliée par le nombre d'années prévues"*. Le commentaire du RLMP-VD est disponible sur la page "marchés publics" du DIRH, rubrique "cadre légal".

f) Remarques ad point 7.1.2 Construction et entretien des routes : un besoin de planification reconnu mais moins urgent (cf. rapport, p. 41)

La haute surveillance du Conseil d'Etat sur le réseau routier mentionnée dans la loi vaudoise sur les routes (LRou) ne concerne que l'approbation des projets routiers. Le Service des routes approuve donc les projets des communes après en avoir vérifié la cohérence dans le cadre des examens préalables et des enquêtes travaux. Toutes ces approbations sont archivées (immédiatement pour les communes et à la fin des travaux pour les projets du Canton). Les autres aspects, tels que les enquêtes d'expropriation, le financement, l'application de la loi sur les marchés publics ou les travaux, relèvent de la responsabilité des communes.

Nous demeurons à votre disposition pour d'éventuels compléments d'information que vous pourriez souhaiter et nous vous adressons, Madame la Présidente, Monsieur le Vice-Président, nos salutations les meilleures.

Michel Rubattel

Secrétaire général

10.2 Direction Organisation et Planification - Direction générale de l'enseignement obligatoire - Département cantonal de la Formation, de la jeunesse et de la Culture



Direction générale
de l'enseignement
obligatoire

Rue de la Barre 8
Case postale
1014 Lausanne



Cour des comptes du Canton de Vaud
Rue de Langallerie 11
1014 Lausanne

Réf. : «PJ/ed»

Lausanne, le 5 décembre 2012

Votre courrier « Personnel et Confidentiel » du 15 novembre 2012

Madame la Présidente, Monsieur le Magistrat,

Votre courrier cité en titre ainsi que le projet de rapport qui était joint me sont bien parvenus et je vous en remercie. Ils ont tous deux retenu ma meilleure attention.

En effet, j'ai été vivement intéressé par le contenu de votre projet de rapport. Mon attention s'est bien évidemment portée principalement sur le point 7.1.3 relatif aux constructions scolaires. Sur cette base, je vous livre la prise de position suivante :

Notre Direction abonde dans le sens de la recommandation numéro 6 telle que formulée dans le rapport. Effectivement, la nécessité d'assurer une meilleure planification est avérée et nous fondons beaucoup d'espoir dans les nouvelles dispositions légales qui seront en vigueur dès le 1er août 2013. Cependant, il convient de relever que nous agissons d'ores et déjà dans le sens voulu par l'article 27 de la LEO, au sens que nous travaillons en partenariat tant avec les directions d'établissements locales qu'avec les autorités communales, et cela afin d'analyser ensemble les besoins en locaux.

Toutefois, les délais nécessaires pour les constructions - votre rapport à juste titre évoque une durée d'environ 5 ans - sont peu compatibles avec la nécessité de répondre parfois avec une relative urgence à des changements démographiques importants. Les autorités communales évitent le plus possible de construire des locaux de réserve qui pourraient rester vides sur une certaine durée. Le parc immobilier mis à disposition dans l'enseignement obligatoire colle ainsi souvent au plus près des besoins avérés de nos établissements et offre donc peu de souplesse dans l'utilisation.

Dans la durée, alors que les mouvements de population se font toujours plus massifs, il conviendra de conserver une réserve en locaux suffisante pour permettre aux autorités de conduire sereinement et de façon conforme à la législation l'ensemble des procédures visant à construire un nouveau bâtiment scolaire. Il faudra cependant viser à raccourcir considérablement les délais nécessaires tant pour les procédures que pour la réalisation concrète des bâtiments afin de fournir à temps aux établissements les locaux dont ils ont besoin.

En restant à votre disposition pour tout complément d'information, et en vous remerciant encore pour ce projet de rapport, je vous prie d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Magistrat, mes salutations respectueuses.


Pierre Jaccard
Directeur général adjoint

Direction organisation et planification
Tél +41 21 316 32 26 – Fax +41 21 316 31 44
E-mail : eliane.dellev-leuenberger@vd.ch
Site Internet : www.vd.ch/fr/autorites/departements/dtjc/dgeo/

10.3 Service Immeuble, Patrimoine et Logistique du Département cantonal des finances et des relations extérieures

Dans sa prise de position du 2 novembre 2011, le Chef du Service Immeuble, Patrimoine et Logistique (SIPaL) indique en relation avec la constatation et recommandation No 3 :

« Le SIPaL pourra, selon ses disponibilités et projets en cours, apporter un soutien professionnel aux communes qui le demanderaient. Celui-ci restera limité⁷⁷ aux questions portant sur les procédures, les types de contrats et leurs forces/faiblesses/risques/opportunités, ou encore sur des conseils concernant les accompagnateurs de type « délégué du Maître d'Ouvrage ».

Il ne sera donc en aucun cas possible au SIPaL d'accompagner une commune sur la durée de l'opération, soit par exemple aux étapes concours, organisation et fonctionnement du jury ou construction elle-même. »

⁷⁷ Estimation 3-5 heures/projet

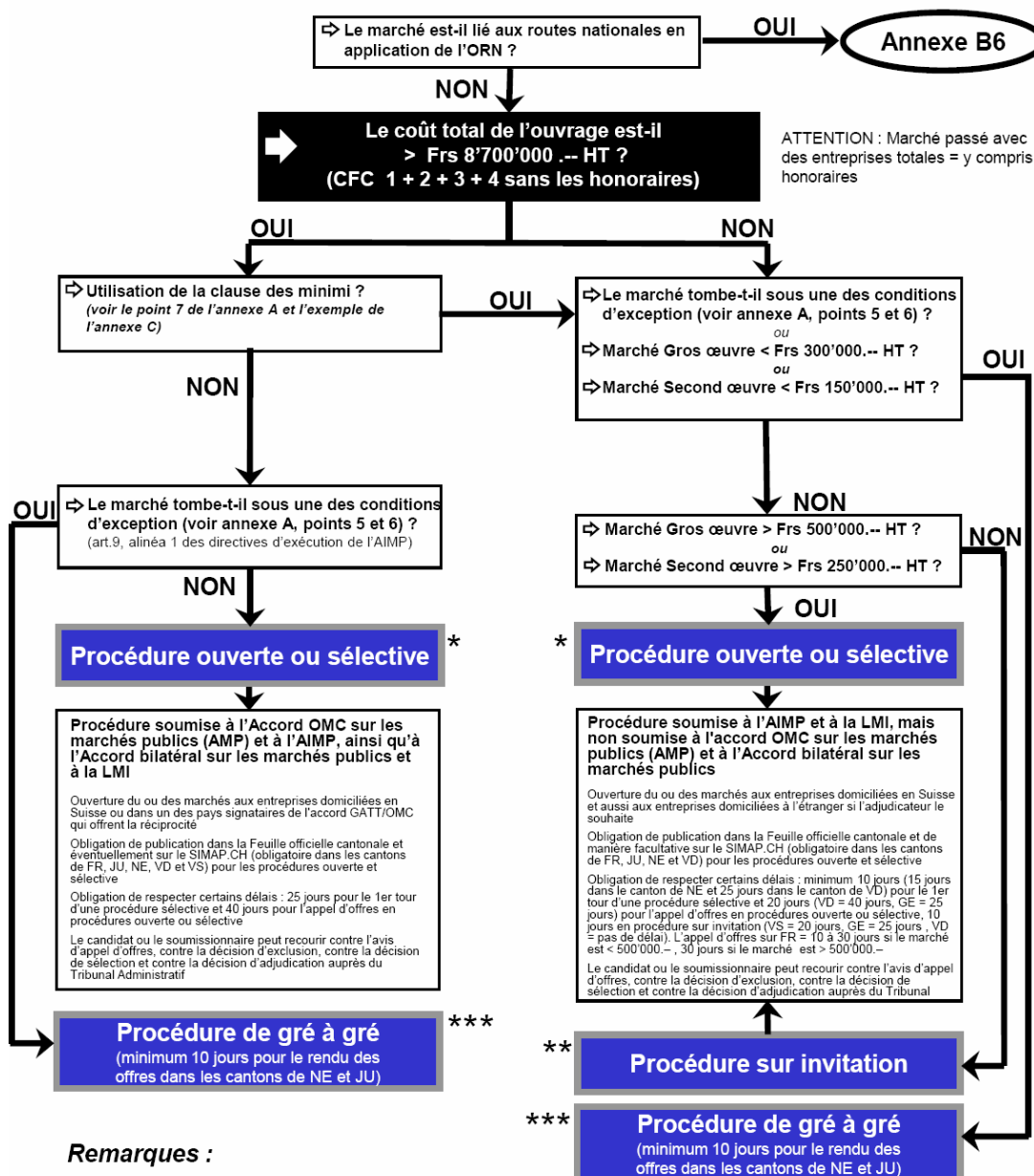
ANNEXES

	Page
Annexe I : Choix de la procédure pour les travaux de construction	72
Annexe II : Tableau de répartition des tâches entre le pouvoir adjudicateur et le mandataire	73
Annexe III : Matrice d'évaluation des non-conformités à la LMP-VD	76
Annexe IV : Etapes de la procédure de passation des marchés publics en matière de travaux de construction nécessitant un contrôle de conformité à la LMP-VD de la part de l'adjudicateur	77
Annexe V : Le Cour des comptes en bref	78

ANNEXE I

Choix de la procédure pour les travaux de construction

Avec l'AIMP révisé, tous les marchés sont soumis, à l'exception de ceux cités à l'art. 10 de l'AIMP révisé. Pour davantage d'information, se référer à l'Annexe A du guide romand.



Remarques :

* En général, on préférera utiliser la procédure sélective par rapport à la procédure ouverte lorsqu'il est nécessaire d'évaluer en premier lieu et de manière préalable l'aptitude du soumissionnaire, notamment lorsque l'appel d'offres nécessite une étude particulière ou spécialisée durant la procédure, ou que les travaux à exécuter sont très complexes.

** Il est également possible d'appliquer une procédure ouverte ou sélective.

*** Il est également possible d'appliquer une procédure ouverte ou sélective ou sur invitation.

Version du 10 avril 2012

Source : Guide romand des marchés publics

ANNEXE II

TABLEAU DE REPARTITION DES TACHES ENTRE LE POUVOIR ADJUDICATEUR ET LE MANDATAIRE

Les lignes de ce tableau suivent l'ordre chronologique du déroulement de la procédure ouverte.

Tâches inaliénables du pouvoir adjudicateur	Délégation possible (et usuelle) à un mandataire (ou un service technique)	Délégation possible, mais déconseillée
1. Décision sur la définition des besoins	Aide à la décision	
2. Décision sur le cahier des charges du mandataire		
3. Décision sur la délimitation de chaque marché à mettre en soumission	Aide à la décision	
4. Décision sur le choix de la (des) procédure (s)	Aide à la décision	
5.	Préparation des documents d'appel d'offres	
6. Validation des documents d'appel d'offres (en particulier le choix des critères, l'acceptation ou non des consortiums, la possibilité d'adjuger par lots ou de n'adjuger que partiellement)		
7.	Gestion de la procédure sur simap.ch (de la publication d'appel d'offres à la publication de l'adjudication)	
8. Validation des réponses données aux soumissionnaires	Relations avec les soumissionnaires (visite sur place, questions-réponses)	
9. Réception des offres.		Pas de réception des offres déléguée. Des conséquences graves sont attachées à toute erreur de fonctionnement (perte ou ouverture d'une enveloppe par erreur ; non-respect de la procédure (délais, confidentialité, etc.)

Tâches inaliénables du pouvoir adjudicateur	Délégation possible (et usuelle) à un mandataire (ou un service technique)	Délégation possible, mais déconseillée
10. Ouverture des offres, publique ou privée (par deux représentants désignés par le pouvoir adjudicateur, art. 31 RLMP-VD) et signature du procès-verbal d'ouverture des offres	Présence du mandataire (mais pas en tant que représentant du pouvoir adjudicateur) Etablissement du procès-verbal lors de l'ouverture	Non Le mandataire ne doit pas être le représentant du pouvoir adjudicateur pour l'ouverture des offres (voir ci-dessus).
11.	Contrôle arithmétique du prix des offres	
12. Contrôle du respect des conditions de participation à la procédure (dossier complet ; attestations) et éventuelle décision d'exclusion (à notifier en même temps que la décision d'adjudication)	Aide au contrôle	Comme en matière de concours, ces conditions portent sur des éléments administratifs et non pas techniques ; une délégation est dès lors déconseillée
13.	Analyse technique des offres (en particulier les prix et les références)	
14. Participation à la séance de clarification. Validation des réponses données aux soumissionnaires. Signature du procès-verbal de la séance de clarification.	Organisation de la séance de clarification. Etablissement du procès-verbal de la séance de clarification et obtention des signatures des soumissionnaires (le procès-verbal sera à annexer au contrat de chaque soumissionnaire)	
15.	Etablissement du tableau d'évaluation des offres	
16. Validation du tableau d'évaluation		
17. Décision d'adjudication et signature des lettres d'adjudication et de non-adjudication à chaque soumissionnaire	Préparation des courriers	
18. Gestion des relations avec les soumissionnaires (et les avocats) pendant le délai de recours (10 jours)	Assistance au pouvoir adjudicateur	

Tâches inaliénables du pouvoir adjudicateur	Délégation possible (et usuelle) à un mandataire (ou un service technique)	Délégation possible, mais déconseillée
19. En cas de recours : gestion de la procédure de recours (prise de position sur le mémoire de recours ; participation à l'éventuelle audience du tribunal)	Organisation du dossier à l'attention du tribunal ; assistance de l'adjudicateur lors de l'audience	
20. Publication de la décision d'adjudication selon art. 39 RLMP-VD	Assistance au pouvoir adjudicateur	

Durant toutes les phases du projet :

Décisions d'interruption ou de répétition de la procédure (avec des conditions modifiées) ; décisions de révocation de l'adjudication en cas de vice ; décisions de sanction en cas de vice grave	Assistance au pouvoir adjudicateur	
---	------------------------------------	--

En procédure sélective

Comme en procédure ouverte, mais en plus l'adjudicateur et ses mandataires doivent accomplir tous les actes que requiert la procédure de sélection. La répartition des tâches entre eux se fera selon le même principe : l'adjudicateur accomplira lui-même toutes les opérations qui sont empreintes de la puissance publique (réception des dossiers de candidatures ; validation de leur évaluation ; exclusion ; sélection ; procédure de recours éventuel).

En procédure sur invitation

La procédure sur invitation est une véritable procédure de mise en concurrence. Elle doit donc respecter toutes les exigences de forme de la procédure ouverte (art. 9 RMP), à l'exception des publications et des délais. Il est donc possible de se référer très largement à la répartition des tâches proposée sous ch. 1 ci-dessus. Il est fréquent en pratique que les adjudicateurs (et leurs mandataires) se contentent d'une procédure informelle, à l'instar de ce qui vaut pour la procédure de gré à gré ; ce mode de faire n'est pas correct.

* * *

ANNEXE III

Matrice d'évaluation des non-conformités à la LMP-VD⁷⁸

Les non-conformités constatées ont été classées en catégories selon leur importance (très élevé, élevée et moyenne). Elles sont représentées dans la matrice d'évaluation ci-dessous.

Deux critères sont retenus :

- Le fait que la non-conformité touche le marché principal du préavis ou un marché secondaire
- Impact de la non-conformité à la LMP-VD⁷⁹ selon trois niveaux : effets avérés, effets non avérés mais risque élevé, effets non avérés mais risque moyen

Importance de la non-conformité	Marché concerné dans le cadre du préavis		Impact de la non-conformité sur les principes de base de la LMP (et conditions concurrentielles) selon les effets sur ses principes de base:								
	Principal	Secondaire	Atteinte à une concurrence efficace				Atteinte à l'égalité de traitement				
			Effets avérés			Non avérés mais risque élevé	Non avérés mais risque moyen	Effets avérés	Non avérés mais risque élevé	Non avérés mais risque moyen	
			Procédure ouverte non appliquée	Procédure sur invitation non appliquée	Autres étapes de la procédure						
Très élevée	X		X								
	X							X			
Elevée		x							x		
	x			x							
	X				x	X					
	X					X					
	X									X	
		X		X							
		X			X						
		X				X					
Moyenne		x							x		
	X*		X*								
		X*	X*								
	X							X			
	X										X
	X							X			
	X										X

X : Non-conformités constatées dans le cadre de l'audit.

x : Situations qui n'ont pas été rencontrées dans les cas analysés

X*: lorsque la loi n'est pas claire (il s'agit de la distinction entre le gros œuvre et le second œuvre pour les travaux de couverture-ferblanterie et la nécessité de relancer un appel d'offres après un long délai après l'adjudication)

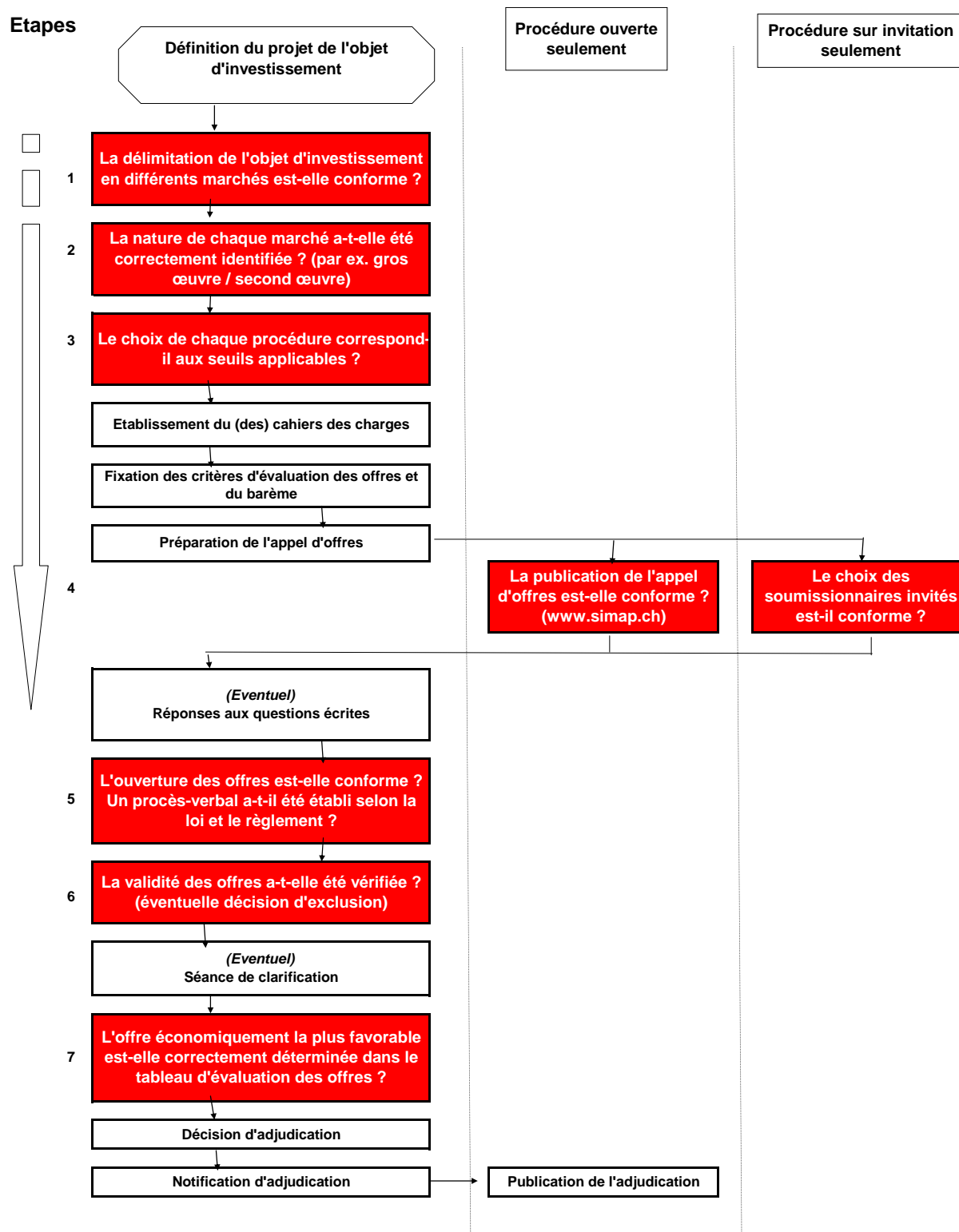
⁷⁸ et/ou aux bonnes pratiques concurrentielles

⁷⁹ en particulier sur ses deux principes de base influant directement les conditions concurrentielles : concurrence efficace et égalité de traitement.

ANNEXE IV

Etapes de la procédure* de passation des marchés publics en matière de travaux de construction nécessitant un contrôle de conformité à la LMP de la part de l'adjudicateur (en rouge sur le schéma)

* pour les procédures sur invitation et procédures ouvertes, qui concernent la très grande majorité des marchés organisés sous forme concurrentielle



ANNEXE V : LA COUR DES COMPTES EN BREF

La Cour des comptes du canton de Vaud a pour mission d'assurer en toute indépendance le contrôle de la gestion des finances des institutions publiques désignées par la LCComptes du 21 novembre 2006 ainsi que l'utilisation de tout argent public sous l'angle de la légalité, de la régularité comptable et de l'efficacité (art. 2 LCComptes).

Les **attributions** de la Cour sont les suivantes (art. 24 LCComptes) :

- contrôle de l'utilisation de tout argent public ;
- contrôle de la gestion financière, notamment sous l'angle du principe d'efficacité, ainsi que vérification de l'évaluation de la gestion des risques des entités soumises à son champ de contrôle ;
- examen des investissements qui bénéficient de subventions, prêts ou garanties de l'Etat.

La Cour **se saisit elle-même** des objets qu'elle entend traiter à l'exception des mandats qui lui sont attribués par le Grand Conseil Vaudois, sur requête de la majorité des députés (art. 25 et ss LCComptes).

Sont soumis au contrôle de la Cour (art. 28 LCComptes):

- le Grand Conseil et son Secrétariat général ;
- le Conseil d'Etat, ses départements et ses services ;
- le Tribunal cantonal ainsi que les tribunaux et autres offices qui lui sont rattachés ;
- les communes, ainsi que les ententes, associations, fédérations et agglomérations de communes ;
- les corporations, établissements, associations, fondations, sociétés et autres entités auxquels le canton ou une commune confie des tâches publiques ;
- les corporations, établissements, associations, fondations, sociétés et autres entités auxquels le canton ou une commune apporte un soutien financier, que ce soit par des subventions, des aides financières ou des indemnités ou pour lesquels il constitue des cautionnements ou des garanties.

Les rapports de la Cour consistent en ses constatations et recommandations (art. 36 LCComptes). Ils comprennent également les observations de l'entité auditée, les éventuelles remarques subséquentes de la Cour et, le cas échéant, les avis minoritaires de la Cour.

La Cour **publie ses rapports** pour autant qu'aucun intérêt prépondérant, public ou privé, ne s'y oppose. Ils sont consultables sur le site internet de la Cour : www.vd.ch/cdc.

Vous pouvez apporter votre contribution au bon usage de l'argent public en contactant la Cour des comptes. Toute personne peut communiquer à la Cour des signalements en rapport avec des faits entrant dans ses attributions. Il suffit de vous adresser à :

Cour des comptes du canton de Vaud
Rue de Langallerie 11, 1014 Lausanne
Téléphone : +41 (0) 21 316 58 00 Fax : +41 (0) 21 316 58 01
Courriel : info.cour-des-comptes@vd.ch