

EXPOSE DES MOTIFS ET PROJET DE LOI
modifiant la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD)

et

RAPPORT DU CONSEIL D'ETAT AU GRAND CONSEIL sur
la motion Jacques Haldy et consorts "Pour permettre le gré à gré concurrentiel" (14_MOT_037)

1 INTRODUCTION

Le fondement du droit des marchés publics suisse est l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP, RS 0.632.231.422), accord international ratifié par la Suisse dont les dispositions ont été transposées au niveau de la Confédération, d'une part, dans la loi fédérale sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) et son ordonnance d'application (OMP, RS 172.056.11) et, au niveau cantonal, d'autre part, dans l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP, RSV 726.91) et les lois et règlements des différents cantons. La loi fédérale sur les marchés publics règle ainsi les seuls marchés de la Confédération et de ses entités proches, tandis que l'AIMP et les lois cantonales règlent les marchés des entités de niveau inférieur (cantons, communes, organes assumant des tâches cantonales ou communales, par exemple un établissement de droit public). Par conséquent, dans le domaine des marchés publics, la loi fédérale et son ordonnance ne représentent pas du droit supérieur pour les législations cantonales, contrairement à d'autres domaines du droit. Ces textes légaux ne s'appliquent pas aux marchés organisés par des adjudicateurs vaudois (cantons, communes, etc.).

En sus des législations de rang supérieur que représentent l'AMP et l'AIMP, le canton de Vaud a édicté une loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD, RSV 726.01) ainsi qu'un règlement d'application de cette loi daté du 7 juillet 2004 (RLMP-VD, RSV 726.01.1).

L'AIMP transpose au niveau cantonal les exigences internationales de l'AMP et vise à harmoniser les règles de passation des marchés non soumis à ce même AMP entre les cantons, permettant ainsi aux entreprises de chaque canton de soumissionner dans l'ensemble des autres cantons suisses.

Adoptée le 30 mars 2012, une révision de l'AMP entrée en vigueur le 6 avril 2014 rend nécessaire une adaptation du droit des marchés publics au niveau suisse. Cette révision porte sur les points suivants : simplification et modernisation des textes, adaptation aux progrès de la technique et élargissement du champ d'application. La Suisse ne pourra ratifier l'AMP révisé qu'une fois achevée l'adaptation de la législation sur les marchés publics aux niveaux fédéral et cantonal rendue nécessaire par ce nouvel accord. Cette adaptation s'est traduite par un nouveau projet d'Accord intercantonal (P-AIMP) et par un nouveau projet de loi fédérale sur les marchés publics (P-LMP). Profitant de la révision induite par l'AMP 2012, les cantons et la Confédération ont approuvé le principe d'une harmonisation parallèle de leur législation respective. Ainsi, le projet d'Accord intercantonal et le projet de nouvelle loi fédérale

proposent, à quelques exceptions près, un texte commun élaboré sous l'égide d'un groupe de travail paritaire constitué de représentants de la Confédération et des cantons avec l'appui d'un professeur d'université.

Le P-AIMP a fait l'objet d'une large consultation publique dans le canton de Vaud entre le 24 septembre et le 20 novembre 2014. La synthèse de cette consultation a fait l'objet d'une détermination du Conseil d'Etat vaudois adressée à l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) le 17 décembre 2014. La consultation relative au nouveau projet de loi fédérale sur les marchés publics a eu lieu entre le 1^{er} avril 2015 et le 1^{er} juillet 2015. Le Conseil d'Etat vaudois s'est également déterminé sur le projet de loi fédérale.

1.1 Le projet de loi

1.1.1 Les procédures marchés publics en vigueur

L'article 12 AIMP énonce les différents types de procédures applicables en cas de passation de marchés par une entité assujettie au droit des marchés publics. Il définit également les caractéristiques propres à chacune de ces procédures. Cet article a la teneur suivante :

Art. 12 Types de procédure (AIMP)

¹*Sont applicables les procédures de mise en concurrence suivantes :*

a. la procédure ouverte : l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu. Chaque soumissionnaire peut présenter une offre ;

b. la procédure sélective : l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu. Chaque candidat peut présenter une demande de participation. L'adjudicateur détermine, en fonction de critères d'aptitude, les candidats qui peuvent présenter une offre. Il peut limiter le nombre de candidats invités à présenter une offre s'il n'est pas compatible avec un fonctionnement efficace du mécanisme d'adjudication des marchés. Une concurrence réelle doit cependant être garantie ;

bbis. la procédure sur invitation : l'adjudicateur invite des soumissionnaires à présenter une offre dans un délai donné, sans publication. L'adjudicateur doit si possible demander au moins trois offres ;

c. la procédure de gré à gré : l'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres.

²*...*

³*Les concours d'études ou les concours portant sur les études et la réalisation doivent respecter les principes du présent accord. Pour le surplus, l'organisateur peut se référer aux règles établies par les organisations professionnelles concernées.*

L'article 12 AIMP connaît son pendant en droit vaudois à l'article 7 LMP-VD. Ces deux dispositions ont pratiquement la même teneur.

Art. 7 Types de procédure (LMP-VD)

¹*Sont applicables les procédures de mise en concurrence suivantes :*

a. la procédure ouverte : l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu. Chaque soumissionnaire peut présenter une offre ;

b. la procédure sélective : l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu. Chaque candidat peut présenter une demande de participation. L'adjudicateur détermine, en fonction de critères d'aptitude, les candidats qui peuvent présenter une offre. Il peut limiter le nombre de candidats invités à présenter une offre s'il n'est pas compatible avec un fonctionnement efficace du mécanisme d'adjudication des marchés. Une concurrence réelle doit cependant être garantie ;

bbis. la procédure sur invitation : l'adjudicateur invite des soumissionnaires à présenter une offre dans un délai donné, sans publication. L'adjudicateur doit demander au moins trois offres. Un

soumissionnaire au moins doit être extérieur à la commune du lieu d'exécution ;

c. la procédure de gré à gré : l'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres.

² ...

³ Pour les concours d'études ou les concours portant sur les études et la réalisation, le règlement peut se référer à des règles établies par des organisations professionnelles concernées.

Le choix d'appliquer une procédure marchés publics plutôt qu'une autre est fonction de la nature du marché en cause (fournitures, services, travaux de second œuvre, travaux de gros œuvre) et de la valeur de ce dernier. Pour les marchés non soumis aux traités internationaux, l'annexe de l'AIMP indique la procédure marchés publics applicable sur la base de ces deux éléments à l'aide du tableau suivant :

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	jusqu'à 250'000	jusqu'à 250'000	jusqu'à 250'000	jusqu'à 500'000
Procédure ouverte / sélective	dès 250'000	dès 250'000	dès 250'000	dès 500'000

1.1.2 Les procédures marchés publics dans le projet de nouvel Accord intercantonal sur les marchés publics (P-AIMP)

Contrairement à l'accord existant (cf. art. 12 AIMP précité), le P-AIMP consacre un chapitre entier (11 dispositions) à l'énoncé et à la définition des différents types de procédure marchés publics applicables. L'article 21 P-AIMP qui traite spécifiquement de la procédure de gré à gré, prévoit à son alinéa 1 que :

¹Dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur adjuge un marché public directement à un soumissionnaire, sans lancer d'appel d'offres, conformément aux valeurs seuils mentionnées dans l'annexe 2. Il peut demander des offres à des fins de comparaison et procéder à des négociations.

D'après le commentaire de cet alinéa contenu dans le Rapport explicatif du P-AIMP du 18 septembre 2014 : "Dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur adjuge un marché public directement à un soumissionnaire, sans lancer d'appel d'offres. Le pouvoir adjudicateur entame des négociations directement avec un ou plusieurs soumissionnaires. La procédure de gré à gré ne représente donc pas un instrument équivalent à la procédure ouverte, la procédure sélective ou la procédure sur invitation, puisque la concurrence entre soumissionnaires ne joue pas forcément. Le fait de demander des offres comparatives est autorisé, mais cette possibilité doit être clairement notifiée en amont".

Lors de la consultation du P-AIMP, le Conseil d'Etat vaudois a émis la remarque suivante à l'encontre de l'article 21, alinéa 1 P-AIMP et du gré à gré comparatif :

"[...] Nous regrettons que l'introduction du gré à gré comparatif dans le projet ne soit pas accompagnée de règles plus détaillées permettant aux adjudicateurs d'utiliser correctement cette

procédure qui pourrait, dans le cas contraire, constituer un terrain propice à toutes les dérives.

Dans la mesure où certains cantons pratiquent déjà le gré à gré comparatif, il aurait été particulièrement utile de pouvoir bénéficier de leur expertise en la matière et de prévoir des règles harmonisées pour éviter que chaque canton applique cette procédure sujette à controverses à sa manière. Ainsi, le projet n'indique pas clairement si des négociations à plusieurs sont admises en cas de gré à gré comparatif (contradiction possible avec le principe général de l'interdiction des rounds de négociation) et ne définit pas les éléments permettant de distinguer une procédure de gré à gré comparatif d'une procédure sur invitation. Il aurait également été bienvenu d'indiquer que le nombre d'offres à requérir dans une procédure de gré à gré comparatif doit rester en adéquation raisonnable avec la valeur du marché à adjuger".

1.1.3 La notion du gré à gré "comparatif"

La doctrine désigne par ce vocable (elle parle également de gré à gré "concurrentiel") la procédure qui consiste à adjuger un marché de gré à gré (parce que sa valeur le permet) et donc à en négocier les termes avec l'adjudicataire, mais en demandant une offre simultanément à plusieurs concurrents (J.-B. Zufferey, L'Etat réglemente, adjuge et construit in Journées suisses du droit de la construction 2013, p. 40).

La validité de cette procédure a toujours été sujette à controverse tant du point de vue de la doctrine que de la jurisprudence. Ses opposants soutiennent que la procédure de gré à gré ne doit pas entraîner de mise en concurrence, puisqu'elle correspond alors à un appel d'offres ; ses partisans prétendent que l'objectif d'une utilisation parcimonieuse des deniers publics impose - ou en tout cas autorise - dite mise en concurrence (J.-B. Zufferey, op. cit., p. 40).

Si le canton du Tessin est opposé à cette pratique, la majorité des cantons suisses alémaniques la jugent admissible, le plus souvent à la suite de décisions jurisprudentielles. Les cantons de Neuchâtel, du Jura et du Valais admettent également le principe du gré à gré concurrentiel. Récemment toutefois, le canton du Valais a édicté une recommandation à l'attention des pouvoirs adjudicateurs en raison des dérives du gré à gré concurrentiel constatées dans la pratique. Il en ressort notamment que : 1) la procédure de gré à gré concurrentiel est admissible uniquement pour des travaux ou des prestations simples, ne présentant aucune complexité ; 2) l'adjudicateur ne doit pas créer chez les soumissionnaires approchés l'impression qu'il mène en réalité une procédure sur invitation déguisée ; la demande d'offres doit à cet égard clairement faire ressortir que la procédure utilisée est la procédure de gré à gré ; 3) le nombre de soumissionnaires approchés ne devrait jamais dépasser cinq, qui est en Valais le nombre minimum d'offres à demander dans le cadre de la procédure sur invitation (le canton de Vaud impose quant à lui un nombre minimal de trois offres dans la procédure sur invitation) ; pour cette raison, il est recommandé de se limiter à trois offres ; 4) seule une offre financière portant sur le prix peut être demandée sur la base d'un cahier des charges comprenant le descriptif des travaux ou prestations et aucune autre information ne doit être réclamée ; 5) aucune négociation sur le prix, sous quelque forme que ce soit, ne devrait intervenir avant l'attribution du marché ; et enfin 6) il appartient à l'adjudicateur de vérifier que le soumissionnaire choisi respecte les dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et de salaire et qu'il est en règle avec le paiement des charges sociales. A cet égard, le formulaire établi par le service de protection des travailleurs et des relations du travail doit être joint à l'offre (cf. News janvier 2016, Le gré à gré concurrentiel, à l'adresse suivante : <https://www.vs.ch/web/marches-publics/accueil>).

Le canton de Vaud a, pour sa part, toujours été réticent à la pratique du gré à gré concurrentiel par crainte de voir notamment des négociations à plusieurs (rounds de négociation) exercer une pression exagérée sur les prix avec pour corollaire le non respect des conditions de travail et de salaire applicables, mais également pour éviter que des adjudicateurs puissent solliciter un nombre d'offres

sans rapport raisonnable avec la valeur du marché à attribuer.

1.1.4 Les risques et enjeux

La procédure de gré à gré comparatif est une procédure hybride entre une procédure de gré à gré ordinaire, par définition informelle, et une procédure sur invitation soumise à des règles impératives, notamment en matière d'annonce des critères d'évaluation et d'ouverture de voie de droit pour contester les décisions de l'adjudicateur. Les négociations sont autorisées dans une procédure de gré à gré, et donc dans une procédure de gré à gré comparatif, alors qu'elles sont interdites dans une procédure sur invitation.

Le recours à une procédure de gré à gré comparatif présente dès lors le risque pour le pouvoir adjudicateur de donner l'impression aux soumissionnaires approchés qu'il applique une procédure sur invitation, et partant le régime prévu pour cette procédure, notamment en termes de protection juridique (voies de recours), alors que tel n'est pas le cas.

Comme la procédure de gré à gré comparatif prive les participants de la possibilité de contester l'attribution du marché en faveur de l'un de leurs concurrents, un contestataire cherchera parfois à démontrer, en décortiquant tous les actes et déclarations du pouvoir adjudicateur, que ce dernier entendait, malgré lui, suivre une procédure sur invitation qui offre une voie de recours, et non une procédure de gré à gré comparatif.

Un pouvoir adjudicateur qui sollicite plusieurs offres pour un marché dont la valeur se situe en dessous des seuils de la procédure sur invitation, doit par conséquent éviter à tout prix d'instaurer chez les soumissionnaires approchés l'idée fautive qu'il suit les règles d'une procédure sur invitation alors que tel n'est pas sa volonté. A défaut, il risque d'ouvrir une voie de recours pour contester l'adjudication du marché et par là même de se voir reprocher par un tribunal le non-respect des règles applicables à la procédure sur invitation.

1.1.5 Le gré à gré comparatif dans la jurisprudence

Les Tribunaux administratifs st-gallois (GVP 1999, Nr. 36 S. 104ff), schwytzois (VGE 1036/05 du 31 août 2005), lucernois (Arrêt V 06 107 du 10 juillet 2006), zurichois (VGer ZU du 20 mai 2009, DC 4/2009 p. 175-176), soleurois (VGer SO VWBES.2013.383 du 16.12.2013) et bernois (BVR 2005, S. 499 ff., DC 2007, p. 78) notamment, ont admis la pratique du gré à gré comparatif. Il ressort en particulier de ces jurisprudences que les principes de droit administratif que sont l'interdiction de l'arbitraire, la bonne foi et l'organisation d'une procédure équitable doivent être respectés en cas de recours au gré à gré comparatif.

A l'inverse, dans un arrêt du 11 juillet 2007, le Tribunal cantonal tessinois a reproché à une commune d'avoir sollicité deux offres par téléphone pour un marché de travaux d'une valeur inférieure à 10'000 francs, considérant qu'elle avait ainsi choisi de suivre une procédure sur invitation sans toutefois en respecter les règles (cf. arrêt STA 52.2007.215 du 11.7.2007 in DC 2012/1, S10, p. 32).

Dans un arrêt du 16 juillet 2013, la Cour cantonale neuchâteloise a jugé que le fait pour un adjudicateur de s'adresser formellement à six entreprises en leur demandant une offre alors que la valeur du marché se situe dans les seuils autorisant le recours à la procédure de gré à gré, "*s'oppose manifestement à la mise en œuvre d'une telle procédure, dont la particularité est qu'il s'agit d'une adjudication sans mise en concurrence*" (TC NE CDP.2013.141, in DC 1/2014, p. 30).

La Cour administrative du Tribunal cantonal jurassien a rendu plusieurs arrêts récents concernant la procédure de gré à gré comparatif (cf. arrêt ADM 55/2014 du 27.10.2014 ; arrêt ADM 112 + 127/2012 du 26.04.2013 et les références citées). D'après la jurisprudence jurassienne, "*il est possible de demander plusieurs offres dans le cadre d'une procédure de gré à gré, laquelle n'est soumise à aucune prescription de forme ; un tel procédé vise surtout à conserver une procédure*

rapide, bon marché et facile dans le cadre de l'attribution de petits mandats et à éviter la lourdeur d'une procédure sur invitation et de ses exigences de forme ; la procédure de gré à gré concurrentiel est en particulier admise pour des prestations simples, où le critère du prix est le seul critère déterminant ou est clairement prépondérant ; il doit exister un rapport raisonnable entre les moyens de procédure mis en œuvre et l'importance du marché à adjudger ; une procédure formelle n'a en effet pas à être organisée pour le moindre marché et les décisions correspondantes n'ont pas toujours à revêtir la forme d'une décision attaquable indépendamment de la valeur du marché ; un tel régime serait incompatible avec la pratique ; en d'autres termes, le seul fait de demander plusieurs offres n'implique pas à lui seul le passage de la procédure de gré à gré à la procédure sur invitation ; le pouvoir adjudicateur doit cependant respecter les principes du droit administratif que sont l'interdiction de l'arbitraire, la bonne foi et l'organisation d'une procédure équitable" (arrêt ADM 55/2014 du 27.10.2014, p. 3 et les références citées).

"... la distinction entre le gré à gré concurrentiel et la procédure sur invitation n'est pas toujours évidente à opérer ; celle-ci exige le respect de quelques formalités, notamment l'établissement d'un bref cahier des charges avec des critères d'adjudication pondérés, la remise des documents relatifs aux assurances et impôts, l'établissement d'un procès-verbal d'ouverture des offres, la rédaction d'un bref rapport d'adjudication et la notification des décisions avec indication des voies de recours ; le pouvoir adjudicateur doit avoir une approche transparente et précise de la procédure qu'il va effectivement appliquer et ne peut mélanger les genres ; s'il opte pour du gré à gré concurrentiel, il doit faire en sorte de ne pas créer chez les soumissionnaires l'impression qu'il a choisi la procédure sur invitation ; une telle impression proviendra par exemple du fait que l'adjudicateur aura informé tous les soumissionnaires démarchés qu'il les met en concurrence et que leurs offres seront évaluées sur la base de critères qu'il annonce, ou encore s'il exige des informations précises sur le délai d'exécution, sur les personnes-clés qui vont intervenir et sur l'engagement de l'entreprise dans la formation des apprentis" (arrêt ADM 55/2014 précité, p. 4 et les références citées).

Il convient finalement de signaler un arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois (ci-après : "CDAP") du 25 novembre 2009. Dans cette affaire, une commune devait réaliser des travaux de réfection pour une canalisation d'eaux usées. La valeur du marché de construction de gros œuvre était inférieure à 300'000 francs, ce qui permettait à la Municipalité de procéder de gré à gré. Cette dernière, par l'entremise de son mandataire, a adressé une lettre à six entreprises pour leur demander de déposer leur offre. Cette lettre était accompagnée de divers documents parmi lesquels un plan de situation, un cahier de soumission à remplir et les conditions générales du mandat. La CDAP a retenu les éléments suivants : *"En l'espèce, il ressort de l'ensemble des offres soumises à l'autorité intimée que la valeur totale du marché pour la réfection d'une canalisation d'eaux usées – à savoir un marché de construction de gros œuvre – est inférieure à 300'000 francs. Partant, l'autorité intimée était en droit de procéder de gré à gré. Elle avait également la possibilité d'initier une procédure sur invitation. L'autorité intimée prétend avoir procédé de gré à gré. Elle soutient que les démarches qu'elle a entreprises ne permettent pas de retenir la mise en œuvre d'une procédure sur invitation et qu'elle s'est limitée à prendre contact avec différentes entreprises afin de disposer de plusieurs offres avant d'arrêter son choix. C'est toutefois en vain qu'elle nie avoir procédé sur invitation, plusieurs facteurs tendant à démontrer que tel est le cas. En premier lieu, l'autorité intimée s'est formellement adressée à six entreprises en leur soumettant un véritable cahier de soumission, accompagné de conditions générales qui contiennent un chapitre intitulé "appel d'offres" comprenant toute une série de dispositions régissant la procédure d'appel d'offres. Or, il n'y a par définition pas d'appel d'offres dans la procédure de gré à gré". En outre, l'autorité intimée a imparti un délai à l'échéance duquel les entreprises approchées devaient retourner leur offre. A réception de ces offres, elle a de plus établi un procès-verbal dont elle a communiqué des copies à tous les soumissionnaires. [...] les démarches qu'elle a entreprises*

démontrent clairement qu'elle [l'autorité intimée] a initié une procédure sur invitation. Ce faisant, elle devait respecter les règles applicables à ce type de procédure (cf. arrêt CDAP du 25.11.2009, MPU.2009.0016, consid. 3b, p. 5)".

1.1.6 Conclusion

En proposant la présente modification de la loi du 24 juin sur les marchés publics (LMP-VD), le Conseil d'Etat entend doter les pouvoirs adjudicateurs vaudois (les services de l'Administration cantonale, les communes, les établissements de droit public, etc.) d'une nouvelle forme de procédure destinée à la passation de leurs marchés publics qui s'inscrit dans la ligne du futur accord intercantonal (P-AIMP).

2 RAPPORT DU CONSEIL D'ETAT SUR LA MOTION JACQUES HALDY ET CONSORTS "POUR PERMETTRE LE GRÉ À GRÉ CONCURRENTIEL"

2.1 Rappel de la motion

Le 14 janvier 2014, le député Jacques Haldy a déposé au Grand Conseil une motion "Pour permettre le gré à gré concurrentiel", laquelle a été renvoyée à l'examen d'une commission. Selon le texte déposé :

La loi sur les marchés publics (LMP) prévoit que, lorsque l'on est en dessous des seuils applicables aux autres procédures, la procédure de gré à gré s'applique, qui est définie ainsi à l'article 7, premier alinéa, lettre c LMP : "L'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres". Ce sont ces derniers termes qui posent problème. Selon une interprétation correcte de cette disposition, ces termes signifient simplement que la procédure d'appel d'offres, réservée à des seuils plus élevés, ne s'applique pas à la procédure de gré à gré, et qu'il n'y a ainsi pas de forme particulière à respecter pour cette procédure. Or, il se trouve que le Département des infrastructures et des ressources humaines (DIRH) a une interprétation restrictive et erronée de ces termes, soutenant qu'il ne serait pas possible aux communes de solliciter plusieurs offres sans passer par une procédure formelle sur invitation, applicable à des seuils plus élevés.

Or, à l'instar de ce qui est consacré dans d'autres cantons, il est évident, pour des raisons de saine gestion des deniers publics, que les communes doivent pouvoir demander plusieurs offres avant d'adjuger les travaux, mais sans qu'il ne soit nécessaire de respecter la procédure formelle applicable aux seuils plus élevés. Cette solution, juridiquement adéquate et conforme à la bonne gestion des collectivités publiques, s'impose également au regard de l'absence de formalisme excessif. L'on rappelle à cet égard le dernier paragraphe du point 3.13 du protocole d'accord entre l'Union des communes vaudoises (UCV) et le canton pour éviter toutes mesures inutilement perfectionnistes engendrant des coûts disproportionnés par rapport à leur utilité, notamment lorsque des pistes raisonnables et moins onéreuses sont possibles au regard en particulier de ce qui existe dans d'autres cantons. L'une des formulations possibles pour consacrer la solution raisonnable et économique décrite ci-dessus, de façon à éviter toute ambiguïté du texte légal, serait de modifier l'article 7, premier alinéa, lettre c LMP dans le sens suivant : "La procédure de gré à gré : l'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire de son choix". D'autres formulations étant possibles, la voie de la motion est utilisée plutôt que celle de l'initiative législative, de façon à permettre au Conseil d'Etat de proposer une formulation adéquate, respectant l'objectif et le sens de la motion en permettant aux communes la pratique du gré à gré concurrentiel, lorsque l'on se trouve en deçà des seuils applicables aux autres procédures.

2.2 Prise en considération de la motion

La motion a été renvoyée à l'examen d'une commission et suite au rapport favorable de cette dernière, le Grand Conseil a accepté la motion et l'a renvoyée au Conseil d'Etat pour traitement.

2.3 Procédure de traitement de la motion

2.3.1 Loi sur le Grand Conseil (LGC) – article 126

La motion est une proposition soumise au Grand Conseil chargeant le Conseil d'Etat de présenter un projet de loi ou de décret (art. 120 LGC). Selon l'article 126, alinéa 1 LGC, une fois que la motion est acceptée par le Grand Conseil, elle est impérative pour le Conseil d'Etat, qui doit présenter un projet de loi *stricto sensu* dans le sens demandé.

Les motions peuvent indiquer expressément les lois à modifier. Dans le cas contraire, et dans le but d'identifier avec exactitude les lois concernées, le Conseil d'Etat doit faire un travail d'exégèse des différents documents à sa disposition, afin de déterminer la volonté de la ou du motionnaire. Outre les propositions de modifications légales demandées, le Conseil d'Etat peut, dans sa réponse à la motion, proposer au Grand Conseil un contre-projet (art.126, al. 2 LGC) ou demander au Grand Conseil de ne pas entrer en matière sur le projet.

2.4 Prise de position du Conseil d'Etat

Sur le principe et comme déjà relevé dans le cadre de la consultation sur le projet d'Accord intercantonal sur les marchés publics (cf. point 1.1.2 *in fine* ci-avant), le Conseil d'Etat est favorable à l'introduction de la procédure de gré à gré comparatif dans le canton de Vaud. Il convient en effet d'offrir aux pouvoirs adjudicateurs la possibilité de faire jouer la concurrence pour de petits marchés simples dans lesquels le critère du prix est seul déterminant (ou largement prépondérant) et d'assurer ainsi une utilisation parcimonieuse des deniers publics.

D'après Me Olivier Rodondi, "*... on ne devrait admettre le gré à gré concurrentiel que pour des prestations simples, où le critère du prix est le seul déterminant ou est clairement prépondérant. Les biens ou services largement standardisés entreraient dans cette catégorie de prestations simples. En revanche, pour des prestations qui présentent une certaine complexité, comme la plupart des marchés de construction, où l'évaluation va clairement au-delà du seul critère du prix, le gré à gré concurrentiel devient problématique et risqué*" (O. Rodondi, Les marchés de gré à gré, Marchés publics 2014, p. 195). Le Conseil d'Etat souscrit pleinement à ces considérations sans toutefois perdre de vue les abus pouvant potentiellement découler d'une procédure de gré à gré comparatif : adjudication systématique au partenaire habituel d'un pouvoir adjudicateur, au besoin après lui avoir demandé de s'aligner sur le prix de son concurrent, nombre d'offres demandé sans rapport raisonnable avec la valeur des prestations à adjuger. Pour ces différentes raisons, le Conseil d'Etat estime qu'un pouvoir adjudicateur qui décide de procéder de gré à gré en demandant simultanément plusieurs offres à des fins de comparaison, doit agir en toute transparence et demeurer prudent. L'adjudicateur devrait ainsi informer les participants du type de procédure appliqué et éviter de donner l'impression qu'il mène en réalité une procédure sur invitation. Il devrait, de plus, demander un nombre d'offres raisonnable en rapport avec la valeur des prestations objet du marché et traiter les offres de façon confidentielle. Un pouvoir adjudicateur ne devrait pas divulguer les éléments contenus dans une offre à d'autres soumissionnaires, même lorsqu'il engage des négociations avec eux.

Cette procédure devrait uniquement viser l'acquisition de prestations simples pour lesquelles le prix est le seul élément déterminant ou est clairement prépondérant, les fournitures ou services largement standardisés entrent dans la catégorie de prestations simples. En revanche, pour des prestations qui présentent une certaine complexité, comme la plupart des marchés de services et de travaux, où l'évaluation va clairement au-delà du seul critère du prix et porte nécessairement sur l'aspect qualitatif des prestations recherchées, le gré à gré comparatif ne devrait pas être appliqué au risque de se voir reprocher par un tribunal l'application d'une procédure sur invitation par actes concluants. Concrètement, le gré à gré comparatif pourrait être envisagé pour des prestations de services

comme du secrétariat mais, en principe, pas pour des prestations d'architecture, d'ingénierie ou de professions apparentées qui sont difficilement compatibles avec la notion de "marchés simples" et où la qualité occupe une place importante. En ce qui concerne les marchés de travaux, une procédure de gré à gré comparatif apparaît envisageable pour certaines prestations du second œuvre sans exigence spécifique ou technique particulière, par exemple les CFC (Code de frais de construction) suivants : CFC 272 (serrurerie intérieure), CFC 273 (agencement et menuiserie), CFC 281 (revêtement de sol PVC), CFC 283 (faux-plafonds) et CFC 285 (peinture).

Enfin, le principe du respect des conditions de travail et des dispositions relatives à la protection des travailleurs s'impose aux soumissionnaires qui participent à une procédure de gré à gré comparatif. Les pouvoirs adjudicateurs doivent dès lors s'assurer que les prix offerts, cas échéant après négociations, respectent les conventions collectives ou contrats types applicables, avant d'attribuer leurs marchés.

Le motionnaire a proposé une formulation du nouvel article 7, alinéa 1, lettre c LMP-VD dans le but de consacrer l'admissibilité du gré à gré comparatif en droit vaudois. La proposition a la teneur suivante : "La procédure de gré à gré : l'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire de son choix". Elle se caractérise par la suppression de la fin de la phrase de l'alinéa actuel "sans procéder à un appel d'offres".

Après analyse, il s'avère que les cantons qui admettent le gré à gré comparatif ont maintenu dans leur législation une formulation similaire à celle que propose l'actuel article 7, alinéa 1, lettre c LMP-VD, qui reprend la teneur de l'article 12, alinéa 1, lettre c AIMP (cf. à titre d'exemples : art. 7, al. 1 OCMP BE, "*Dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur ou l'adjudicatrice passe le marché directement avec un ou une soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres et sans rendre de décision d'adjudication*" ; art. 14 LCMP NE, "*La procédure de gré à gré est celle qui permet au pouvoir adjudicateur d'adjuger directement le marché à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres*" ; art. 17, al. 5 Loi jurassienne concernant les marchés publics, "*En procédure de gré à gré, l'adjudicateur attribue le marché directement à un soumissionnaire sans procéder à un appel d'offres et sans publication*"). Il apparaît ainsi que les termes "sans procéder à un appel d'offres" ont été repris par bon nombre de cantons romands, sans que cette expression ne pose problème. Dès lors, il n'est pas nécessairement indiqué d'ôter dite formulation de la loi vaudoise à son article 7, alinéa 1, lettre c LMP-VD).

Le projet d'Accord intercantonal sur les marchés publics consacre le gré à gré comparatif à l'article 21, alinéa 1 *in fine* en ces termes : "*La procédure de gré à gré : l'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres. Il peut demander des offres à des fins de comparaison [1] et procéder à des négociations*".

[1] "Vergleichsofferten" dans la version allemande.

Le P-AIMP donne de plus, à son article 2, lettre d, une définition légale de l'appel d'offres, soit "*l'avis public par lequel un adjudicateur invite les intéressés à remettre une demande de participation ou à présenter une offre*", définition qui permet de mettre un terme aux différentes interprétations jusqu'alors possibles des termes "appel d'offres" tels qu'ils figurent à l'article 12, alinéa 1, lettre c AIMP et partant à l'article 7, alinéa 1, lettre c LMP-VD.

Sur le vu de ce qui précède, il apparaît préférable de compléter la teneur actuelle de l'article 7, alinéa 1, lettre c LMP-VD en se fondant sur celle de l'article 21, alinéa 1 P-AIMP. En choisissant la même formulation que celle prévue par l'article 21, alinéa 1 P-AIMP, les risques de contradiction ou d'interprétations différentes entre les deux textes pourront, en principe, être exclus dans le futur.

3 CONSEQUENCES

3.1 Constitutionnelles, légales et réglementaires (y.c. eurocompatibilité)

Modification de l'article 7, alinéa 1, lettre c LMP-VD.

3.2 Financières (budget ordinaire, charges d'intérêt, autres)

Néant.

3.3 Conséquences en terme de risques et d'incertitudes sur les plans financier et économique

Néant.

3.4 Personnel

Néant.

3.5 Communes

Néant.

3.6 Environnement, développement durable et consommation d'énergie

Néant.

3.7 Programme de législature et PDCn (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

Néant.

3.8 Loi sur les subventions (application, conformité) et conséquences fiscales TVA

Néant.

3.9 Découpage territorial (conformité à DecTer)

Néant.

3.10 Incidences informatiques

Néant.

3.11 RPT (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

Néant.

3.12 Simplifications administratives

La procédure de gré à gré comparatif permet à un pouvoir adjudicateur d'éviter l'application d'une procédure sur invitation (avec les règles formelles qui s'y appliquent) dans les seuils autorisant le gré à gré, lorsqu'il souhaite mettre en concurrence un marché simple en départageant les offres sur la base du critère du prix. Elle consiste, par voie de conséquence, en une forme de simplification administrative pour les pouvoirs adjudicateurs.

3.13 Protection des données

Néant.

3.14 Autres

Néant.

4 CONCLUSION

Au vu de ce qui précède, le Conseil d'Etat a l'honneur de proposer au Grand Conseil:

- de prendre acte du rapport du Conseil d'Etat sur la motion Jacques Haldy et consorts "Pour permettre le gré à gré concurrentiel" (14_MOT_037) ;

- d'adopter le projet de loi modifiant la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD).

Texte actuel

Projet

PROJET DE LOI
modifiant la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics

du 14 septembre 2016

LE GRAND CONSEIL DU CANTON DE VAUD

vu le projet de loi présenté par le Conseil d'Etat

décrète

Article premier

¹ La loi sur les marchés publics du 24 juin 1996 est modifiée comme suit :

Texte actuel

Art. 7 Types de procédure

¹ Sont applicables les procédures de mise en concurrence suivantes :

- a. la procédure ouverte : l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu. Chaque soumissionnaire peut présenter une offre ;
- b. la procédure sélective : l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu. Chaque candidat peut présenter une demande de participation. L'adjudicateur détermine, en fonction de critères d'aptitude, les candidats qui peuvent présenter une offre. Il peut limiter le nombre de candidats invités à présenter une offre si cela n'est pas compatible avec un fonctionnement efficace du mécanisme d'adjudication des marchés. Une concurrence réelle doit cependant être garantie ;
- bbis. La procédure sur invitation : l'adjudicateur invite des soumissionnaires à présenter une offre dans un délai donné, sans publication. L'adjudicateur doit demander au moins trois offres. Un soumissionnaire au moins doit être extérieur à la commune du lieu d'exécution ;
- c. la procédure de gré à gré : l'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres.

³ Pour les concours d'études ou les concours portant sur les études et la réalisation, le règlement peut se référer à des règles établies par des organisations professionnelles concernées.

Projet

Art. 7 Types de procédure

¹ Sont applicables les procédures de mise en concurrence suivantes :

lettres a, b et bbis : sans changement

lettre c. La procédure de gré à gré : l'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres. Il peut demander des offres à des fins de comparaison et procéder à des négociations.

³ sans changement

Art. 2

¹ Le Conseil d'Etat est chargé de l'exécution de la présente loi. Il en publiera le texte conformément à l'article 84, alinéa 1, lettre a), de la Constitution cantonale et en fixera, par voie d'arrêté, la date d'entrée en vigueur.

Texte actuel

Projet

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 14 septembre 2016.

Le président :

Le chancelier :

P.-Y. Maillard

V. Grandjean