

**RAPPORT DE LA COMMISSION  
chargée d'examiner l'objet suivant :**

**Exposé 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 sur la motion Jacques Haldy et consorts « Pour permettre le gré à gré concurrentiel » (14\_MOT\_037)**

**1. PREAMBULE**

La commission s'est réunie le 7 novembre 2016 à Lausanne. Sous la présidence de M. Stéphane Rezso, également rapporteur de la commission, elle était composée de Mmes Fabienne Despot, Valérie Induni, Jessica Jaccoud et Claire Richard et de MM. Mathieu Blanc, Jacques Haldy, Michele Mossi, Yvan Pahud, Etienne Räss et Michel Renaud.

Etait également présente Mme Nuria Gorrite, cheffe du Département des infrastructures et des ressources humaines (DIRH), accompagnée de M. Michel Rubattel, secrétaire général du département et de M. Gueric Riedi, responsable du Centre de compétences sur les marchés publics (CCMP). Mme Sylvie Chassot, secrétaire de commissions parlementaires, s'est chargé des notes de séance.

**2. PRESENTATION DE L'EMPL – POSITION DU CONSEIL D'ETAT**

La proposition du Conseil d'Etat fait suite à une motion Jacques Haldy demandant l'introduction du gré à gré concurrentiel dans la disposition légale marché public du Canton de Vaud et l'introduction de cette possibilité dans le projet d'accord intercantonal sur les marchés publics.

Le Conseil d'Etat a entendu cette volonté, pour les marchés dit simples, de pouvoir, dans le cadre d'une procédure de gré à gré, négocier sur la base de plusieurs offres. La cheffe de département relève que la possibilité pour des autorités publiques de pouvoir ouvrir le marché à plusieurs prestataires est intéressante du point de vue de la bonne gestion des deniers publics. Cette modification permet en outre une mise en conformité des communes qui pratiquent déjà, avec bon sens, le gré à gré concurrentiel.

Toutefois cette procédure hybride n'est pas sans dangers. Mal comprise, elle peut par exemple facilement être confondue avec la procédure dite sur invitations. Dans le cas où un adjudicateur aurait des contacts avec plusieurs adjudicataires dans le but d'organiser un round de négociation sur les prix, ces derniers pourraient ensuite attaquer la procédure, arguant qu'il s'agissait d'une procédure sur invitations ; certains tribunaux ont déjà donné raison aux recourants dans de tels cas. L'introduction de la procédure de gré à gré concurrentielle dans le droit cantonal mérite dès lors qu'une attention particulière soit donnée à l'information aux adjudicateurs qui pourraient être tentés de l'utiliser. Aussi, la directive DRUIDE du département sera modifiée et assortie d'un certain nombre de recommandations à l'attention des adjudicateurs cantonaux. Le département déploiera en outre des efforts de formation continue, élément préalable indispensable à une juste application de la loi sur les marchés publics. La cheffe du DIRH évoque en ce sens des cours dispensés au CEP ainsi que des informations régulières par l'Etat dans le cadre de la plateforme canton-communes et dans le journal de l'UCV. Une mise à jour du guide romand des marchés publics est aussi prévue.

### 3. POSITION DU MOTIONNAIRE

Le motionnaire soutient la proposition du département qui répond parfaitement à sa motion. Bien que les éventuels problèmes et le champ d'application du nouveau texte devraient être canalisés par la jurisprudence, il serait absurde de créer une « vaudoiserie » à partir du moment où le projet intercantonal adopte une disposition claire allant dans le sens voulu par la motion.

### 4. DISCUSSION GENERALE

Un député regrette que la proposition du Conseil d'Etat ne présente pas de cautions ou de mesures particulières liées à la procédure d'appel d'offre. Il témoigne de la fréquence des cas où les grands principes de la loi sur les marchés publics ne sont pas respectés lors d'attribution de marchés ; il cite plusieurs exemples : reprise, pour un cahier des charges, d'une méthodologie développée dans le cadre d'une offre faite par un bureau d'ingénieur, pression sur les prix de la part des mandataires etc. Ces abus concernent selon lui aussi bien de grandes régies fédérales que des petites communes n'ayant que peu d'expérience de la loi sur les marchés publics.

Des irrégularités dans la mise en œuvre des principes de la loi sur les marchés publics peuvent être observées sur le terrain, il devrait être précisé par le département dans ses recommandations que la procédure de gré à gré concurrentiel est difficilement applicable à des services complexes comme ceux que pourraient par exemple proposer les bureaux d'ingénieurs conseil en environnement. En effet, ce type de mandats, qui nécessitent souvent le développement d'une méthodologie complexe, concernent des sommes de Fr. 30 à 50'000.-, rarement plus. Ils entrent de ce fait dans cette frange de prix potentiellement concernée par la procédure de gré à gré concurrentielle, sans toutefois y être adaptés.

La cheffe du DIRH note que les biais et distorsions relevés par les députés ne sont pas liés à la loi en soi, mais à une mauvaise application qui en est parfois faite. Elle rappelle que la procédure de gré à gré concurrentiel est réservée à des marchés « standardisés », pour lesquels c'est sur le prix uniquement que l'adjudicateur va faire la différence. Elle oppose ce cas de figure à celui de marchés d'architectes ou de construction par exemple pour lesquels la qualité du rendu sera prépondérante (nécessitant dès lors un autre type de marché).

Une députée remarque que l'EMPL mentionne une directive valaisanne relativement récente qui stipule, à son point 5, qu'aucune négociation de prix, sous aucune forme que ce soit, ne devrait intervenir avant l'attribution du marché. Puisqu'expressément cité dans l'EMPL, elle demande si cet élément se retrouvera dans une directive ou une recommandation vaudoise. L'administration rappelle que, contrairement à cette directive valaisanne, le message qui accompagne le projet d'accord intercantonal sur les marchés publics fait expressément mention de la possibilité de négocier avec un ou plusieurs soumissionnaires dans le gré à gré concurrentiel : cette possibilité a dès lors aussi été laissée ouverte dans le projet de loi cantonale. Les recommandations de l'Etat y feront explicitement mention, cette procédure étant la seule à permettre une négociation des prix en droit des marchés publics.

Une précision est apportée quant aux types de marchés visés par le gré à gré concurrentiel : les marchés d'ingénierie ou d'architecture n'en font pas partie. Les recommandations seront claires à ce propos. Elles le seront aussi sur les aspects liés à la confidentialité (interdiction de reprendre dans une offre une méthodologie développée dans une autre, par exemple). Il est précisé par ailleurs que ce dernier principe relève de la loi sur les marchés publics dont les principes généraux s'appliquent dans le cadre de toute procédure, qu'elle soit plus « formelle » (procédure ouverte, sur invitations etc.) ou à « caractère informel » comme le gré à gré, le gré à gré concurrentiel n'en étant qu'une des modalités.

Plusieurs députés estiment que le travail des communes sera facilité avec cette modification législative, sans en nier les dangers. Mais, ils expriment une certaine sympathie pour cette possibilité et pour le « bon sens » que cette procédure simplifiée apporte.

Le motionnaire rappelle que son intention était précisément de rendre possible la comparaison et la négociation de plusieurs offres pour des marchés se situant en-dessous d'un certain seuil. La proposition faite par le Conseil d'Etat en ce sens n'empêche en rien la sanction judiciaire d'un comportement qui ne serait pas correct de la part de la collectivité ou de certains adjudicataires : une collectivité ou un concurrent qui se rendrait coupable d'un acte déloyal sera sanctionné, non seulement

par la loi sur la concurrence déloyale mais aussi par les tribunaux via la jurisprudence qui précisera les cautions nécessaires, tout en allant dans le sens voulu par le parlement.

La cheffe du DIRH apporte encore quelques précisions :

- Contrairement à ce qui a été évoqué, la procédure sur invitations n'est pas une procédure lourde : il ne s'agit pas d'un acte public, l'adjudicateur n'est pas inondé d'offres. Il décide d'inviter 3 à 5 adjudicataires, dans la plus grande transparence. Cette procédure ne permet toutefois pas de négocier les prix.
- Elle rappelle que c'est le type de marché (simple ou complexe) qui fonde principalement la décision d'utiliser, ou non, une procédure de gré à gré comparatif. Une autorité qui opterait pour une procédure de gré à gré concurrentiel en introduisant d'autres critères que celui du prix (un délai, par exemple) s'exposerait à un recours de la part du concurrent non retenu qui pourrait invoquer un défaut de procédure.
- Elle relève que les bureaux d'ingénieurs, en tant que professionnels en relation directe avec les adjudicateurs, ont un rôle important de relais d'information sur la bonne utilisation de la loi sur les marchés publics. Ils devraient en ce sens être très au clair sur les différents types de procédures, ce qui n'est malheureusement pas toujours le cas.
- La fixation des montants à partir desquels une entité décide d'imposer une procédure sur invitations relève de la liberté d'appréciation de chaque pouvoir adjudicateur et les seuils applicables sont ceux de la loi sur les marchés publics ; il ne s'agit pas de faire des « sous-seuils » dans la procédure de gré à gré.
- Indépendamment des recommandations formulées par l'Etat, la responsabilité est portée *in fine* par celui qui passe le marché. L'Etat n'a pas la possibilité matérielle d'exercer la haute surveillance sur les marchés attribués (par exemple) par les communes.

Les formations données au CEP abordent déjà la question du gré à gré comparatif. L'entrée en vigueur de cette modification de loi serait en outre accompagnée d'une mise à jour des informations sur le site internet de l'Etat, sur celui de la plateforme canton-communes. Par ailleurs, les cantons sont tributaires des chambres fédérales ; le message de la loi fédérale sur les marchés publics est en voie d'aboutissement, il sera traité dans les chambres durant l'année 2017 a priori. Pour autant que le texte n'en ressorte pas trop modifié, la mise en œuvre est prévue durant l'année 2018 au niveau des cantons.

## **5. EXAMEN POINT PAR POINT DE L'EXPOSE DES MOTIFS**

### Point 1.1 Le projet de loi

Un député aurait souhaité que les prestataires indigènes soient privilégiés dans les appels d'offre.

Pour le département l'avantage de la procédure informelle de gré à gré est justement d'échapper à ce type d'obligations (contrairement aux procédures ouvertes qui découlent de la loi fédérale).

### Point 2.4 Prise de position du Conseil d'Etat de Vaud

Un député demande si les recommandations nommeront des codes de frais de construction particuliers.

Pour l'instant la question n'a pas encore été tranchée ; si tel est le cas, les recommandations préciseront que ces indications sont non exhaustives et non contraignantes.

## **6. DISCUSSION SUR LE PROJET DE LOI ET VOTES**

### **6.1. COMMENTAIRES, AMENDEMENTS ET VOTES**

L'art. 7 du projet de loi *Type de procédure* est adopté par 10 voix pour et 1 contre.

L'art. 2 (exécution de la loi modifiée) est adopté par 10 voix pour et 1 contre.

## **7. VOTE FINAL SUR LE PROJET DE LOI**

Le projet de loi est adopté par 10 voix contre 1.

## **8. ENTREE EN MATIERE SUR LE PROJET DE LOI**

*La commission recommande au Grand Conseil l'entrée en matière sur ce projet de loi par 10 voix contre 1.*

## **9. 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)**

Par 10 voix contre 1, la commission recommande au Grand Conseil d'accepter le rapport du Conseil d'Etat sur la motion Jacques Haldy et consorts "Pour permettre le gré à gré concurrentiel" (14\_MOT\_037).

Crissier, le 14 janvier 2017.

*Le rapporteur :  
Stéphane Rezso*