

**REPOSE DU CONSEIL D'ETAT**  
**à l'interpellation Carole Schelker et consorts –**  
**Marchés publics : quatre années d'application de la procédure de gré à gré dit « comparatif »**  
**dans le marché de Service, quel bilan ? (21\_INT\_164)**

**Rappel de l'intervention parlementaire**

*L'art. 21 de la Loi fédérale sur les marchés publics entrée en vigueur le 1er janvier 2021 précise que « dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur adjuge un marché public directement à un soumissionnaire, sans lancer d'appel d'offres. Il peut demander des offres à des fins de comparaison et procéder à des négociations ». Cette notion, parfois appelée gré à gré dit « comparatif », ou « concurrentiel » est reprise telle quelle dans la Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP) du 15 novembre 2019. Dans notre canton, le processus d'adhésion au nouveau concordat afin d'intégrer l'AIMP révisé dans le droit cantonal est en cours. A noter que la procédure de gré à gré comparatif est déjà intégrée dans la loi vaudoise sur les marchés publics actuelle (LMPVD) suite à la prise en considération de la motion du député Jacques Haldy et à la modification de la loi du 1er juillet 2017.*

*Le 1er juillet 2017, le Centre de compétences sur les marchés publics du canton de Vaud (CCMP-VD) édictait des recommandations quant à l'application du gré à gré comparatif. En effet, même s'il peut constituer une amélioration et simplification de la procédure qui devient moins lourde et formelle, une application mesurée et ciblée se révèle importante pour les raisons suivantes :*

- *La valeur seuil de la procédure de gré à gré pour le marché de Service est élevée (Fr.150'000.) ce qui constitue déjà un mandat d'importance ;*
- *Selon les recommandations du CCMP-VD pour le gré à gré comparatif, « seule une offre financière portant sur le prix peut être demandée par le pouvoir adjudicateur sur la base d'un cahier des charges comprenant le descriptif des prestations. Aucune autre information ne devrait être réclamée » - « l'offre retenue à l'issue d'un gré à gré comparatif devrait toujours être celle présentant le prix le plus bas » ;*
- *Des négociations à plusieurs (rounds de négociation) peuvent exercer une pression exagérée sur les prix pouvant péjorer la qualité des études, voir causer le non-respect des conditions de travail et de salaire applicables;*
- *Les principes du droit des marchés publics (économicité, transparence, concurrence, égalité de traitement des soumissionnaires) s'y appliquent sous une forme atténuée, ceci peut constituer un terrain propice à toutes les dérives.*

*Selon l'EMPD lié à la modification de la LMP-VD du 1er juillet 2017, « 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 ». Les recommandations du CCMP-VD précise que la procédure de gré à gré comparatif « est destinée à des marchés simples dans lesquels le critère du prix est seul déterminant. Les biens ou services largement standardisés correspondent à des marchés simples. En revanche, pour des prestations qui présentent une certaine complexité, où l'évaluation ne se limite pas au seul critère du prix mais porte nécessairement aussi sur l'aspect qualitatif des prestations recherchées, le gré à gré comparatif ne devrait pas être appliqué ».*

*Il semble que de nombreux bureaux de services, notamment d'ingénieurs et d'autres spécialistes, sont aujourd'hui sollicités par le canton ou les communes pour répondre à des appels d'offres de type gré à gré comparatif alors que les prestations présentent une certaine complexité. L'évaluation devrait clairement dans ce cas aller au-delà du seul critère du prix et porter aussi sur l'aspect qualitatif des prestations.*

*La démarche du gré à gré comparatif semble contreproductive pour les marchés complexes car les mandataires spécialisés ne verront pas d'intérêt à dévoiler des idées ou méthodologies particulières, en sachant que le maître d'ouvrage pourra à sa guise piocher les idées jugées bonnes dans les offres fournies pour les divulguer au bureau pressenti, dans une démarche d'optimisation du prix, lors des négociations qui sont autorisées avec les autres soumissionnaires.*

*A l'heure où les critères liés à la durabilité, à la compétence du mandataire et à sa connaissance du contexte local et des procédures prennent de plus en plus d'importance dans le cadre des études, il semble important d'appréhender avec prudence la procédure de gré à gré comparatif basé uniquement sur le prix de l'offre.*

*Dans ce cadre, j'ai donc l'avantage de poser les questions suivantes au Conseil d'Etat :*

- 1. En ce qui concerne les mandats, en particulier dans les marchés de Service, attribués par l'Etat de Vaud depuis 2017, pour quels mandats et en quel nombre la procédure de gré à gré comparatif a-t-elle été privilégiée par rapport à d'autres types d'appels d'offres intégrant des critères qualitatifs? Existe-t-il un contrôle et des statistiques réalisés dans ce domaine ?*
- 2. Est-ce que le canton et en particulier le CCMP-VD a un regard et des statistiques sur les procédures menées par les autres entités publiques et para-publiques, en particuliers les communes ?*

*Comment se positionne le Canton par rapport à l'utilisation du gré à gré comparatif, compte tenu des griefs émis par les prestataires de services mentionnés ci-dessus*

## Réponse du Conseil d'Etat

### Préambule

La procédure de gré à gré comparatif – ou « concurrentiel » -, et plus particulièrement son application dans le cadre des marchés de services, figure au cœur des interrogations de la députée Carole Schelker.

Comme rappelé par la députée elle-même les contours de cette procédure avaient été dressés par le Conseil d'Etat dans le cadre de l'« *Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics 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).

Il ressort du rapport précité que la procédure de gré à gré comparatif « *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).* » (cf. Rapport du CE sur la motion Haldy, p. 8 et 9).

La jurisprudence reconnaît une certaine liberté aux pouvoirs adjudicateurs dans la configuration de leurs marchés. La question de savoir si un pouvoir adjudicateur est autorisé ou non à adjuger certaines prestations, par exemple des prestations d'architecture et d'ingénierie, par le biais d'une procédure dite de « gré à gré comparatif » n'a, à ce jour, pas été tranchée par la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois. Il sied cependant de relever que le rapport du Conseil d'Etat précité ne prohibe pas formellement l'attribution de marchés d'architecture ou d'ingénierie par le biais de cette procédure mais souligne la difficulté de pouvoir considérer de tels marchés comme des « marchés simples » au vu de leur nature intrinsèque et des aspects qualitatifs qui y occupent généralement une place importante. Un arrêt du Tribunal cantonal jurassien a d'ailleurs jugé admissible l'application d'une procédure dite de gré à gré comparatif pour adjuger, sur la base du seul critère du prix, des prestations portant sur la réalisation d'un plan spécial en matière d'aménagement de territoire (cf. arrêt de la Cour administrative du Tribunal cantonal de la République et Canton du Jura, du 27 octobre 2014, réf. ADM 55/2014).

Le nouvel Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics qui entrera en vigueur dans le canton de Vaud le 1<sup>er</sup> janvier 2023, ne tranche pas non plus cette question. La possibilité de « demander des offres à des fins de comparaison et de procéder à des négociations » dans la procédure de gré à gré est expressément prévue à l'art. 21, alinéa 1 AIMP 2019. Le commentaire de cet alinéa 1 se contente d'indiquer que : « Dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire. Cela signifie qu'il engage directement des négociations contractuelles avec un soumissionnaire, sans lancer au préalable un appel d'offres ou une procédure sur invitation. La procédure de gré à gré n'est donc pas comparable aux procédures ouverte et sélective. Les principes du droit des marchés publics (économicité, transparence, concurrence, égalité de traitement des soumissionnaires) s'y appliquent sous une forme atténuée. La possibilité de demander des offres à des fins de comparaison et de procéder à des négociations offre une marge de manœuvre à l'adjudicateur » (Message type AIMP 2019, art. 21, al. 1, p. 55). Le nouvel accord intercantonal ne réserve dès lors pas l'application du gré à gré comparatif à certains types de marchés pas plus qu'il ne prohibe formellement son application dans le cadre de marchés de services d'architecture ou d'ingénierie.

Ainsi, le choix d'attribuer des prestations d'architecture ou d'ingénierie par le biais d'une procédure de gré à gré comparatif dépend, en l'état, principalement des caractéristiques du marché, en particulier de la nature des prestations réclamées, et relève, en définitive, de la libre appréciation et de la responsabilité de chaque pouvoir adjudicateur.

Comme également rappelé par l'interpellante, l'utilisation de la procédure dite de « gré à gré comparatif », a fait l'objet de recommandations édictées par le Centre de compétence sur les marchés publics du canton de Vaud (CCMP-VD). Ces recommandations ont pour objectif premier de rappeler que cette modalité de la procédure de gré à gré n'est pas une zone de non-droit, malgré l'absence de règles formelles qui la caractérise. Elles visent surtout à sensibiliser les pouvoirs adjudicateurs à la ligne de démarcation peu évidente existant entre une procédure dite de « gré à gré comparatif » et une procédure sur invitation soumise à un régime plus formel (cf. art. 9 du règlement du 7 juillet 2004 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD, BLV 726.01.1), ainsi que sur les risques de « basculer » dans une procédure sur invitation par actes conclusifs s'ils ne prennent pas certaines dispositions.

A cet égard, les recommandations précisent que :

*« Le pouvoir adjudicateur doit veiller à ne pas procéder à des actes formels relevant d'autres procédures lorsqu'il applique le gré à gré comparatif, tels que l'établissement d'un procès-verbal d'ouverture des offres et éviter l'utilisation du terme « appel d'offres » dans ses documents éventuels. De plus, le pouvoir adjudicateur qui évalue les offres en se fondant sur plusieurs critères pourrait se voir reprocher d'appliquer une procédure sur invitation sans en respecter les règles formelles. On songe notamment à l'obligation d'annoncer préalablement les critères d'évaluation, leur pondération respective et la méthode de notation du critère du prix conformément au principe de la transparence. ».*

Quant au critère du prix, il est rappelé qu'il devrait être le seul critère déterminant dans le cadre d'une procédure de gré à gré comparatif et que, partant, seule l'offre la moins disante devrait être retenue, cela afin d'éviter de donner l'impression que l'adjudicateur applique une procédure sur invitation.

L'Etat de Vaud recense de nombreux documents et liens hypertextes sur la thématique des marchés publics sur son site internet (<https://www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/marches-publics/>), lesquels sont disponibles en libre accès et offrent une transparence totale quant à la manière de procéder. La thématique de la procédure dite de « gré à gré comparatif » y est traitée et contient l'« Exposé des motifs et projet de loi modifiant la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics et le Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur la motion Jacques Haldy » de même que les recommandations du CCMP-VD.

Le CCMP-VD a de plus consacré un article entier à la procédure dite de « gré à gré comparatif » dans le périodique « Canton-Communes » du mois de juin 2017 (numéro 45).

La directive interne à l'Etat en matière de procédure et de décisions d'adjudication des marchés publics rappelle que la procédure de gré à gré comparatif est destinée à des marchés simples dans lesquels le critère du prix est seul déterminant. Elle renvoie à l'application des recommandations émises par le CCMP-VD en matière de gré à gré comparatif.

Finalement, le CCMP-VD propose des formations sur les marchés publics auprès du Centre d'éducation permanente (CEP) destinées à tout-e cadre ou spécialiste des administrations publiques cantonales et communales vaudoises. La thématique de la procédure dite de « gré à gré comparatif », de même que les recommandations du CCMP-VD y relatives, figurent précisément au programme de ce cours.

## Réponses aux questions

### 1. En ce qui concerne les mandats, en particulier dans les marchés de Service, attribués par l'Etat de Vaud depuis 2017, pour quels mandats et en quel nombre la procédure de gré à gré comparatif a-t-elle été privilégiée par rapport à d'autres types d'appels d'offre intégrant des critères qualitatifs ? Existe-t-il un contrôle et des statistiques réalisées dans ce domaine ?

Les cantons sont soumis à une obligation de tenir des statistiques pour les marchés soumis à la concurrence internationale en vertu de l'art. XVI, par. 4, de l'Accord OMC sur les marchés publics révisé (AMP 2012). Cette disposition définit les exigences minimales applicables à ces relevés statistiques qui ne concernent toutefois que les procédures ouvertes, sélectives et de gré à gré en application d'une clause d'exception soumises au champ d'application des accords internationaux.

Dans le cadre du traitement du Postulat Laurence Cretegnny et consorts – Mandats externes hors de nos frontières, y a-t-il pénurie dans notre Canton et en Suisse ? (19\_POS\_119), une statistique des marchés publics publiés et attribués par les services adjudicateurs de l'Etat durant les années 2016 à 2020 a été réclamée et établie afin qu'un bilan sur la quantité de mandats accordés à des entreprises établies à l'étranger soit effectué. Seuls les marchés publiés sur la plateforme simap.ch – organe officiel de publication des marchés publics dans le canton de Vaud depuis 2012 – ont été recensés dans cette statistique. Il s'agit des marchés organisés en procédure ouverte, sélective ou de gré à gré en application d'une clause d'exception (« gré à gré exceptionnel ») qu'ils soient soumis à la concurrence internationale ou non, soit des marchés de fournitures, de services et de travaux de construction de second œuvre s'élevant à 250'000 francs (HT) et plus et des marchés de travaux de gros œuvre s'élevant à 500'000 francs (HT) et plus. En effet, la récolte des données nécessaires à l'établissement de statistiques s'opère par l'entremise de la plateforme simap.ch sur la base des avis d'adjudication publiés par les pouvoirs adjudicateurs et ne concerne que les marchés soumis à une obligation de publication. L'Etat de Vaud ne dispose pas de statistiques concernant les marchés non soumis à une telle obligation, soit les marchés organisés en procédure de gré à gré (ordinaire ou comparatif) ou en procédure sur invitation. Comme déjà relevé dans la réponse au Postulat Cretegnny précité, la mise en place d'un outil susceptible de retracer l'ensemble des adjudications attribuées pour les marchés de moindre importance (procédure sur invitation et de gré à gré) pose plusieurs difficultés et représenterait une charge administrative importante pour ces petits marchés.

Ainsi, l'Etat de Vaud ne dispose pas de statistiques relatives aux marchés attribués en suivant une procédure dite de gré à gré comparatif dans la mesure où de tels marchés ne sont pas soumis à une obligation de publication. *A fortiori*, la fréquence à laquelle cette procédure a été privilégiée, par rapport à d'autres procédures intégrant des critères qualitatifs ne peut être établie sur la base de statistiques.

Pour les besoins de la présente interpellation, une enquête sur l'application de la procédure de gré à gré comparatif a cependant été diligentée auprès de l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs de l'Etat de Vaud. Il en ressort que la procédure de gré à gré comparatif n'est que rarement utilisée, voir inutilisée, et que seuls les marchés ne relevant d'aucune complexité et dont la mission est parfaitement définie en font l'objet. Il en ressort également que les pouvoirs adjudicateurs de l'administration cantonale vaudoise sont parfaitement informés de l'usage restreint de cette procédure (notamment au travers des recommandations du CCMP-VD).

Il apparaît ainsi que l'usage de cette procédure est tout à fait marginal dans les marchés organisés par les services adjudicateurs de l'Etat.

En tout état de cause, le recours à une procédure de gré à gré comparatif relève du choix et de la responsabilité de chaque service adjudicateur de l'Etat et intervient dans le cadre de la directive interne susmentionnée et des recommandations émises à ce sujet par le Centre de compétences sur les marchés publics, lesquelles ne proscrivent pas formellement le recours au gré à gré comparatif pour des marchés portant sur des services d'architecture ou d'ingénierie.

En cas de questions ou de difficultés, le CCMP-VD se tient à disposition des services adjudicateurs de l'Etat et des pouvoirs adjudicateurs en général pour répondre à des questions juridiques d'ordre général en lien avec l'application de la législation vaudoise sur les marchés publics. Néanmoins, il n'est pas de son ressort de « contrôler et valider » toutes les procédures de passation organisées par les services adjudicateur de l'Administration cantonale. Cela occasionnerait une charge de travail disproportionnée eu égard notamment à la faible ampleur de certains marchés visés par l'interpellante et ralentirait significativement et inutilement le processus d'adjudication.

## **2. Est-ce que le canton et en particulier le CCMP-VD a un regard et des statistiques sur les procédures menées par les autres entités publiques et parapubliques, en particulier les communes ?**

Comme indiqué dans sa réponse à la première question, l'Etat, en particulier le CCMP-VD dispose de statistiques pour les seuls marchés soumis à une obligation de publication. Ces statistiques concernent l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs vaudois, parmi lesquels les communes et les autres entités publiques ou parapubliques assujetties au droit des marchés publics. L'Etat n'exerce pas à proprement parler de contrôle sur les procédures menées par les pouvoirs adjudicateurs (communes, entités publiques et parapubliques) étant rappelé que la compétence pour se prononcer sur la validité d'une procédure ou des actes effectués au cours de celle-ci relève de la compétence de la seule autorité judiciaire saisie sur recours.

Cela étant, lorsqu'une demande lui est adressée, le CCMP-VD, exerce un regard sur la mise en pratique du gré à gré comparatif et l'application générale de la législation vaudoise sur les marchés publics. Il peut, dans ce cadre, sensibiliser un adjudicateur aux recommandations édictées en matière de gré à gré comparatif comme aux risques de verser dans une procédure sur invitation par actes conclusants en cas de mélange des genres.

Les communes à l'instar des autres pouvoirs adjudicateurs vaudois, sont également sensibilisées aux exigences relatives aux marchés publics par le biais des différents moyens invoqués en préambule.

Il convient enfin de mentionner qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2023, l'art. 25 du nouveau règlement vaudois sur les marchés publics prévoira la publication, sur le site internet de l'Etat, d'une statistique électronique annuelle des marchés publiés adjugés par l'ensemble des adjudicateurs vaudois.

## **3. Comment se positionne le canton par rapport à l'utilisation du gré à gré comparatif, compte tenu des griefs émis par les prestataires de services mentionnés ci-dessus ?**

La position du Canton de Vaud en matière de gré à gré comparatif correspond aux recommandations émises en la matière par le CCMP-VD et publiées sur le site internet de l'Etat de Vaud. La modalité du gré à gré comparatif offre aux adjudicateurs une procédure rapide, bon marché et facile en vue de l'attribution de marchés de faible valeur. Elle présente l'avantage d'éviter la lourdeur d'une procédure sur invitation et de ses exigences de forme. Afin toutefois que cette procédure se déroule dans des conditions acceptables, une certaine transparence doit être de mise. Il importe ainsi que les adjudicateurs annoncent clairement le type de procédure appliqué à leurs interlocuteurs lorsqu'ils ont recours au gré à gré comparatif.

Les démarches entreprises pour répondre à la présente interpellation et les résultats obtenus à travers le sondage évoqué démontrent que les services adjudicateurs de l'Etat utilisent peu, voire rarement, la procédure de gré à gré comparatif. Ils sont au demeurant conscients des limites de cette procédure et des risques qu'elle présente lorsqu'elle se rapproche trop d'une procédure sur invitation.

Il convient enfin de garder à l'esprit qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2023, le gré à gré comparatif trouvera son fondement légal dans le droit supérieur (cf. art. 21, al. 1 AIMP 2019) et non plus dans le droit cantonal<sup>1</sup>, ce qui participe à l'harmonisation du droit des marchés publics au niveau suisse visé par la récente révision de ce droit intervenue aux niveaux fédéral et (inter)cantonal. Comme indiqué en préambule, l'art. 21, al. 1 AIMP 2019 – lequel correspond à l'art. 21, al. 1 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) – ne limite pas l'application du gré à gré comparatif à certains types de marchés. Son commentaire précise d'ailleurs que les principes généraux des marchés publics s'appliquent sous une forme atténuée en gré à gré et que l'adjudicateur dispose d'une marge de manœuvre en la matière. Une application moins restrictive du gré à gré comparatif que celle découlant de la loi cantonale actuelle et des recommandations du CCMP-VD du 1<sup>er</sup> juillet 2017 a ainsi trouvé grâce aux yeux du législateur intercantonal et s'imposera à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2023 dans le canton. Signalons encore qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2023, l'art. 4 de la (nouvelle) loi du 24 juin 2022 sur les marchés publics supprimera toute voie de recours contre une décision rendue dans le cadre d'une procédure de gré à gré au sens de l'art. 21, al. 1 AIMP 2019 et donc dans une procédure de gré à gré comparatif.

---

<sup>1</sup> En effet, la nouvelle loi cantonale du 14 juin 2022 sur les marchés publics abroge la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics et, en particulier, son article 7, al. 1, let. c concernant le gré à gré comparatif.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 18 janvier 2023.

La présidente :

*C. Luisier Brodard*

Le chancelier :

*A. Buffat*