



Révision de la loi fédérale et de l'ordonnance sur les marchés publics (LMP/OMP), ordonnance sur les valeurs seuils applicables aux marchés publics (OVS)

1. Le projet

Formellement approuvé le 30 mars 2012, l'accord sur les marchés publics révisé (AMP 2012) de l'OMC est entré en vigueur le 6 avril 2014. Tous les Etats parties de l'accord sont tenus de mettre en œuvre les modifications de ce dernier dans leur droit national et la Suisse ne pourra ratifier l'AMP 2012 qu'après avoir rempli cette obligation. Pour ce qui est de la situation actuelle, la mise en œuvre de l'AMP est assurée, au niveau de la Confédération, par la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et son ordonnance (OMP) et, au niveau des cantons, par un accord intercantonal (AIMP).

Le 2 juillet 2014, le Conseil fédéral a donc chargé le Département fédéral des finances, conjointement avec le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche de réviser en conséquence les droit fédéral des marchés publics et, ce faisant, d'harmoniser les législations fédérale et cantonales en la matière. Une telle harmonisation des législations fédérales et cantonales aurait pour objectif de permettre aux soumissionnaires, en particulier aux PME, de s'orienter plus facilement dans le dédale des lois.

La présente consultation vise, selon la terminologie adoptée dans le rapport explicatif (p.4) « à renforcer la concurrence, à clarifier certaines questions liées à l'assujettissement au droit, à flexibiliser la procédure d'adjudication des marchés et à adapter le droit aux exigences du futur, par exemple à la passation des marchés par voie électronique ».

2. Considérations

Notre Fédération note tout d'abord que la présente procédure de consultation a été lancée après celle relative à la révision de l'AIMP alors que la logique aurait voulu que les deux procédures soient envoyées en même temps. Il apparaît ainsi pour le moins énigmatique que cela n'ait pas été le cas. Il aurait paru plus cohérent, notamment sous l'angle de la sécurité juridique, de conserver l'AIMP sous la forme d'un accord-cadre et que la LMP reprenne les dispositions de cet accord. C'est l'inverse qui se produit avec une révision en profondeur de l'AIMP pour l'adapter à la LMP et à l'OMP, témoignant par là d'une tactique plutôt singulière.

Nous nous permettons de lister ci-dessous nos remarques essentielles concernant la procédure citée en titre :

a. Harmonisation du droit des marchés publics

Sur le principe, notre Fédération est d'avis que l'harmonisation des réglementations de la Confédération et des cantons en matière de marchés publics est louable.

En effet, de nombreuses entreprises rencontrent de grandes difficultés à faire face à des règles volumineuses, complexes, disparates et parfois peu cohérentes. Toutefois, si nous pouvons saluer l'effort général d'harmonisation, en revanche, le projet contient encore une trop grande densité normative, qui en complique la lecture par le praticien et qui floute la cohérence de l'ensemble. Par ailleurs, certains principes ou règles proposés sont critiquables. Nous allons y revenir dans les points suivants.

b. Le critère du prix

Selon le droit en vigueur, la prise en compte d'autres critères que le prix est théoriquement incontestée mais en réalité, depuis déjà bien des années, le prix est le facteur prépondérant pour attribuer un marché public au dépend d'autres critères. Ainsi, il est apparu bien trop souvent que des marchés publics aient été attribués à l'offre la moins chère au détriment souvent de la qualité. Cela crée également une vive confrontation entre soumissionnaires pour présenter l'offre la plus basse, quitte à ne pas tenir compte de certains aspects, notamment les coûts en matière de sécurité ou liés à l'environnement et le respect des conditions minimales de salaire et de travail imposées par les conventions collectives de travail. Pour notre Fédération, il est primordial de valoriser d'autres critères que le prix et de leur donner une place plus importante dans l'adjudication, tels que par exemple, la formation de la relève, le respect des conditions minimales de salaire et de travail ou encore le recours à des méthodes respectueuses de l'environnement. En ce qui concerne le respect des conditions de salaire et de travail, il est peut-être pas inutile de rappeler ici que les conventions collectives de travail étendues ont pour effet de s'appliquer à tous les employeurs et tous les travailleurs d'une branche économique ou d'une profession. Ces conventions rendent le respect des salaires obligatoires.

c. Valeurs seuils

Il ne ressort pas clairement du rapport explicatif comment les valeurs-seuils sont calculées, lorsque le pouvoir adjudicateur attribue notamment plusieurs marchés, de sorte qu'une formulation plus précise s'imposerait ici. Dans l'ensemble, il serait souhaitable qu'il y ait une réflexion sur le lien entre le niveau auquel les seuils sont fixés et l'efficacité des marchés publics.

d. Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail

Notre Fédération s'oppose à la mise en œuvre de dispositifs différents selon que le soumissionnaire est étranger (lieu de la prestation) ou suisse (lieu d'origine). Que le soumissionnaire soit suisse ou étranger, du moment que les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions minimales de salaire et de travail sont réputées identiques en Suisse, il nous semble justifié d'exiger le respect des conditions au lieu de la prestation comme régime uniformisé pour tous les soumissionnaires.

Nous relevons toutefois une exception, en ce qui concerne les mandataires architectes et ingénieurs qui fournissent des prestations intellectuelles qui sont, en général, réalisées depuis leurs bureaux. Ainsi, le lieu d'exécution de la prestation se trouve souvent dans un autre canton ou dans un Etat étranger. Les mandataires locaux, soumis au respect de conventions collectives de travail, font alors face à une distorsion de la concurrence au niveau des prix.

Afin de pouvoir garantir une concurrence efficace et loyale et assurer l'égalité de traitement des concurrents, nous sommes d'avis que ces derniers devraient être tenus de respecter les dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail au lieu du siège du maître d'ouvrage. Ceci met d'ailleurs en évidence la nécessité de bien distinguer les marchés de services des marchés de travaux ou de fournitures.

En outre, nous sommes d'avis que le contrôle du respect par les soumissionnaires des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail, etc. doit constituer une obligation pour l'autorité adjudicatrice et ne pas être optionnel. L'accord doit également prévoir des conséquences claires en cas de non-respect ou de non fourniture de la preuve du respect de ces conditions par les soumissionnaires, à savoir l'expulsion pure, immédiate et sans indemnité du marché. Cela n'est pas stipulé explicitement dans le rapport.

e. Enchères électroniques

Même si les enchères électroniques sont limitées aux prestations standardisées, elles n'ont jamais apporté la preuve de leurs effets positifs sur la concurrence. En fait, il s'agit principalement d'un instrument pour faire baisser les prix sans autre considération. Il est d'ailleurs difficile de cerner pourquoi l'on s'intéresse d'abord aux critères d'aptitude et aux spécifications techniques s'il s'agit de prestations standardisées au sens restrictif du terme. A notre sens, cet outil est inadéquat et il doit être combattu car il porte en lui les germes de la concurrence déloyale.

f. Les négociations

Actuellement, les négociations sur le prix sont généralement prohibées dans le droit cantonal, alors que le droit fédéral les autorise à certaines conditions. Nous sommes d'avis que ces négociations sur les prix sont contraires aux marchés publics qui préconisent la transparence et l'égalité entre les soumissionnaires. Ces négociations sont ainsi une pratique non transparente et inéquitable, qui octroient à tort la priorité au critère du prix de la prestation proposée et excluent les aspects qualitatifs dans leur intégralité.

3. Conclusion

Les propositions de révisions conjointes de la LMP/OMP ainsi que de l'OVS sont dans l'ensemble insatisfaisantes pour toutes les raisons précitées. Elles ne posent en fait pas la vraie question qui est celle de la définition de la concurrence, de son appréciation et des moyens pour l'améliorer si nécessaire. Nous déplorons également que le critère du prix soit toujours perçu comme prépondérant au détriment d'autres critères qui sont également relevant. A ce titre, il serait opportun de mener une réflexion approfondie des principaux enjeux liés aux marchés publics en accordant une importance accrue à des analyses de personnes qui sont proches du terrain.