

Projet de révision de la LMP

Table des matières

1) Introduction	1
2) Rappel des principales préoccupations, priorités et propositions de constructionromande.....	1
3) Projet de révision de la LMP.....	2
4) Principales lacunes à combler.....	4
5) Conclusion	5
Des questions ?	5

1) Introduction

Dans le cadre de la prochaine rencontre annuelle de constructionromande avec des Parlementaires fédéraux, prévue le mercredi 27 septembre 2017, à Berne, il a été décidé d'aborder notamment la thématique des marchés publics.

En effet, il s'agit d'une priorité de constructionromande, tant les acteurs de l'industrie de la construction ont été confrontés à l'importante évolution qu'a connue ce domaine depuis plus de vingt ans, avec au demeurant passablement de doutes et d'interrogations quant à l'atteinte des objectifs fixés.

Surtout, le législateur fédéral est actuellement saisi d'une modification fondamentale de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP). Le texte adopté devrait ensuite servir de base à une révision de l'AIMP (Accord intercantonal sur les marchés publics) en vue d'une harmonisation complète du dispositif qui comprend deux sources normatives bien distinctes (LMP et AIMP).

2) Rappel des principales préoccupations, priorités et propositions de constructionromande

L'adjudication des marchés publics se décide encore trop souvent seulement en fonction du prix, sans tenir compte des considérations éthiques, sociales et environnementales, ni même de l'offre la mieux-disante (meilleur rapport qualité/prix), condition pourtant fixée par la réglementation applicable.

En outre, il existe en droit fédéral des pratiques, comme les rounds de négociation ou la possibilité pour la Commission de la concurrence (COMCO) de recourir, qui ne sont pas admissibles.

Par ailleurs, les démarches administratives pour accéder aux marchés publics sont très lourdes et pénalisent les PME de taille plus modeste, qui composent l'écrasante majorité des entreprises du secteur.

Dans ce contexte, constructionromande proposait :

- De prendre en compte des aspects sociétaux et environnementaux, autant que le prix ;
- De supprimer tout droit d'intervention de la Commission de la concurrence (COMCO) ;
- D'interdire les rounds de négociation pour le pouvoir adjudicateur ;
- De maintenir l'interdiction d'entrer en matière sur des offres anormalement basses ;
- D'imposer la création de listes de soumissionnaires qualifiés ;
- D'harmoniser la réglementation intercantonale sur les marchés publics ;
- De limiter le nombre d'offres dans la procédure de gré à gré qui doit demeurer une procédure simplifiée ;
- De lutter contre la baisse des prix excessive imposée par des entreprises publiques et parapubliques (abus de position dominante) ;
- D'offrir une base légale aux outils d'aide pour calculer les prix (séries de prix et tarifs indicatifs par exemple), indispensables aux pouvoirs adjudicateurs, afin d'éviter les prix fantaisistes et le dumping.
- De revoir les seuils à la hausse et privilégier l'adjudication strictement locale pour des travaux usuels de peu de technicité, notamment par sensibilité écologique et pour favoriser une meilleure réactivité en cas d'urgence ;
- D'assurer aux entreprises suisses l'accès à la main-d'œuvre étrangère dans le cadre de soumissions ouvertes à l'international.

Toutes ces propositions n'ont évidemment pas la même importance, ni la même actualité et elles s'inscrivaient dans une réalité de l'automne 2016 qui a depuis lors évolué, notamment en raison du dépôt du projet de révision de la LMP, raison pour laquelle une nouvelle grille de lecture doit être proposée.

3) Projet de révision de la LMP

Rappelons tout d'abord que si une révision du cadre légal semblait se justifier, l'avant-projet de révision de la LMP avait été très fraîchement reçu par constructionromande car il comportait de nombreux défauts rédhibitoires et ne prenait guère en considération nos propositions, pourtant fortement inspirées de la pratique.

La version finalement soumise aux Chambres par le Conseil Fédéral est largement améliorée.

L'on constate en premier lieu que, comme souvent ces dernières années lorsqu'il s'agit de réviser une loi fédérale relativement succincte, la LMP n'est dorénavant plus une loi-cadre et de nombreuses précisions jurisprudentielles sont maintenant concrétisées formellement (passage de 38 à 64 articles). L'on peut regretter cette évolution d'autant plus que l'ambition est de reprendre ensuite ce dispositif dans l'AIMP (Accord intercantonal sur les marchés publics) qui régit les marchés publics dans les cantons. Or, la Constitution fédérale précise bien les larges compétences résiduelles des cantons et l'on peut donc voir dans ce projet de révision un coup de canif à l'autonomie cantonale. Mais la nécessaire harmonisation que cela sous-tend est néanmoins une bonne chose. Il faut aussi rappeler que contrairement à l'AIMP qui est adopté en marge de tout processus démocratique, la LMP bénéficie d'un vrai débat politique.

Sur le fond, il s'agit tout d'abord de saluer la suppression des négociations sur les prix, qui trahissaient l'essence même des marchés publics, qu'il s'agisse de transparence ou de saine concurrence.

La multiplication des formulations potestatives pose par contre problème (par exemple s'agissant de l'utilisation d'autres critères que le prix). Il est difficilement compréhensible que la volonté d'harmonisation soit limitée par une très large marge de manœuvre laissée ensuite aux Autorités adjudicatrices.

Il manque aussi une réflexion sur le prix et la façon de l'évaluer (crédibilité, courbe de Gauss, exclusion systématique des offres trop basses, etc.). Dans un contexte d'interdiction du dumping, donner la meilleure note au meilleur marché est discutable.

A ce stade, une petite explication est nécessaire. En général, contrairement aux marchés privés qui voient les maîtres d'ouvrage procéder à une présélection des prestataires à qui ils souhaitent demander une offre, n'importe qui peut rendre une offre dans les marchés publics. Le contexte politique étant à l'économie drastique des deniers publics, la valorisation des offres les moins chères est très largement encouragée. Or, l'expérience montre qu'elles sont souvent le fait d'entreprises peu structurées, qui ne disent rien des moyens qu'elles mettront en œuvre pour atteindre le prix proposé sans perdre de l'argent. Pour les fonctionnaires et les mandataires, les vérifications sont souvent difficiles en amont et une fois que le chantier a débuté, il est quasiment impossible de revenir en arrière. La multiplication du travail au noir, du dumping, des sous-traitances non maîtrisées, du recours accru au travail temporaire, du temps partiel théorique qui est en fait du temps plein déguisé, etc. sont autant de dérives que subissent les marchés publics. Pourtant, elles sont le fait d'entreprises qui au moment de l'offre, avaient su montrer patte blanche ... mais étaient quasiment systématiquement les moins chères. Il y a donc des carences importantes dans le dispositif. D'autres expériences montrent aussi que le prix final s'écarte souvent fortement du prix de l'offre et que si on le rapportait à tous les soumissionnaires, ce ne serait régulièrement plus le même qui remporterait alors le marché.

Pour remédier à ces dérives, une meilleure valorisation du meilleur rapport qualité-prix est impérative.

L'exigence du respect des conditions de travail et sociales du lieu du chantier (de la prestation) a malheureusement été abandonnée au profit, pour les soumissionnaires helvétiques, de l'exigence du respect des conditions du lieu du siège du prestataire. Cela repose sur la fiction de conditions de travail équivalentes dans toute la Suisse. Or, la réalité est bien différente, comme le démontrent de nombreuses Conventions collectives de travail qui prévoient des conditions, notamment salariales, différentes en fonction des régions. Par ailleurs, les soumissionnaires doivent en général toujours respecter les conditions du lieu du chantier au moment de l'exécution de leur prestation dès lors que celles-ci sont régies par des CCT déclarées de force obligatoire (champ d'application territorial). L'on va donc les pénaliser au moment du calcul de leur offre si on n'exige pas d'elles qu'elles le fassent sur la base des bonnes conditions de travail et sociales. Enfin, les entreprises étrangères doivent elles se conformer aux conditions du lieu de la prestation et la cohabitation de deux systèmes différents est non seulement compliquée juridiquement, mais discriminatoire pour l'entreprise qui serait soumise aux conditions les moins favorables et ce n'est pas toujours l'étrangère. Surtout, si les conditions étaient identiques dans tout le pays, appliquer celles du lieu du chantier n'aurait aucune incidence pratique.

La question des seuils n'a pas été résolue à satisfaction dès lors que les dispositions ad hoc sont peu compréhensibles.

4) Principales lacunes à combler

1. Conditions de travail applicables

L'article 12 du projet de révision de la LMP doit être modifié en reprenant le principe de l'actuel article 8 de la LMP qui stipule que "pour les prestations fournies en Suisse, il n'adjudge le marché qu'à un soumissionnaire observant les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail. Les prescriptions en vigueur au lieu où la prestation est fournie sont déterminantes".

2. Rapport qualité-prix

La législation doit expressément mentionner le fait que l'offre choisie doit présenter le meilleur rapport qualité-prix (article 29). Dans ce cadre, la formation de la relève, le respect des conditions minimum de salaire et de travail, la prise en compte de la sécurité et de l'environnement, par les entreprises soumissionnaires, le développement durable sont des critères intervenant dans l'adjudication pour l'appréciation de la qualité.

3. Valeurs seuils

Le calcul des valeurs seuils ne ressort pas clairement du texte du projet ou du rapport explicatif. Il convient de remanier le projet afin que les précisions nécessaires soient faites (article 16).

4. Principes de concurrence

Sur le principe, l'article 31 relatif aux Communautés de soumissionnaires et sous-traitants doit être mis en regard du dimensionnement des marchés. A trop vouloir réunir les lots, l'on empêche l'accès aux marchés à de nombreuses entreprises pourtant de taille et de compétences largement suffisantes pour rendre des offres dans leurs champs professionnels spécifiques.

5. Formules potestatives

Le "peut" doit être transformé en "doit" si l'on veut une réelle harmonisation et une portée effective des dispositifs prévus. Cela vaut tout particulièrement pour :

- le contrôle du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail et de l'égalité salariale entre femmes et hommes (article 12 alinéa 4) ;
- les critères d'adjudication à prendre en considération en sus du prix (article 29) ;
- l'exclusion de la procédure et la révocation de l'adjudication (article 44) ;
- les sanctions (article 45).

6. Voies de droit, droit de regard, Commission de surveillance, Comco

La limitation des décisions pouvant faire l'objet d'un recours en fonction de la valeur du marché concerné (article 52), l'absence d'effet suspensif au recours (article 54), l'introduction d'un droit de regard (article 59) et la création d'une Commission des marchés publics Confédération-cantons (article 60) sont autant de dispositions discutables. Par contre, il faut se féliciter de la renonciation à prévoir une qualité pour agir ou pour recourir de la Comco (même si elle est malheureusement maintenue

dans l'article 9 alinéa 2^{bis} de la LMI - loi sur le marché intérieur), hormis en matière d'exemption (article 7), ce qui pourrait être facilement et logiquement modifié.

5) Conclusion

Les enjeux de ce projet de loi concernent des marchés de plusieurs dizaines de milliards de francs en Suisse chaque année. L'industrie de la construction, de par sa composition et les entreprises qu'elle représente est évidemment aux premières loges. Dans un contexte d'atomisation de l'offre, elle attend du législateur qu'il mette en place des outils permettant une saine concurrence, des moyens de lutte contre le dumping, une valorisation des offres les mieux-disantes.

Des questions ?

Nicolas Rufener, directeur, 022 339 90 00, 078 754 48 57 et rufener@fmb-ge.ch