

23.01.2019

Révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics : les dernières nouvelles du front

Etat des lieux

Le Conseil fédéral a transmis un projet de révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (P-LMP) au Parlement en février 2017. Près de deux ans plus tard, le projet est encore en phase d'examen par les Chambres fédérales et fait l'objet de divergences entre le Conseil national et celui des Etats. Le Conseil national s'est prononcé une première fois en été 2018. Le Conseil des Etats s'est prononcé en décembre 2018, modifiant passablement le projet tel que proposé par le Conseil national. Le projet repart donc à présent au Conseil national.

En termes de contenu, le projet a évolué sensiblement depuis sa présentation par le Conseil fédéral. Le projet initial de P-LMP n'était clairement pas satisfaisant pour les entreprises et constructionromande, de concert avec les autres associations cantonales, régionales et nationales de la construction, s'est vigoureusement engagée pour une refonte du projet. Le Conseil national a été sensible aux arguments des entreprises et a corrigé nombre de points problématiques. Malheureusement, le Conseil des Etats est revenu sur plusieurs de ces points et on se retrouve maintenant avec un P-LMP dont la qualité est à mi-chemin entre le projet initial du Conseil fédéral et la version du Conseil national.

La LMP est importante pour l'économie suisse de manière générale et pour l'industrie de la construction en particulier. Cette révision de la LMP constitue donc un enjeu majeur pour les entreprises.

Il est indispensable que le Conseil national améliore le projet issu du Conseil des Etats.

Les priorités de constructionromande

1. Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs

La LMP actuelle pose que pour les prestations fournies en Suisse, les marchés ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires respectant les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail du lieu où la prestation est fournie. Cette exigence permet de s'assurer du respect des usages et autres CCT locales.

Le projet du Conseil fédéral, privilégié par le Conseil des Etats, prévoit au contraire que ce soit les dispositions du lieu d'origine de l'entreprise (en Suisse) qui soient déterminantes. Cette proposition repose sur la fiction de l'identité des conditions de travail dans tout le pays. Dans les faits, les conditions diffèrent fortement ; il convient de relever par exemple que la Convention nationale du Gros œuvre prévoit pas moins de trois niveaux de salaires en fonction des zones géographiques. La proposition du Conseil fédéral serait une source supplémentaire de concurrence déloyale, un fléau dont le secteur de la construction est déjà trop souvent victime.

La position du Conseil fédéral est d'autant plus choquante que suite à la procédure de consultation lancée en amont du projet de révision, le Conseil fédéral lui-même a admis dans son message que « la majorité des participants à la procédure de consultation sont favorables au maintien de la réglementation fédérale actuelle ». On peine à comprendre cette démarche, qui s'apparente à une tentative de passage en force.

Dans sa décision initiale, le Conseil national a pris le contre-pied du Conseil fédéral et a réimposé le respect des conditions du lieu d'exécution. constructionromande encourage le Conseil national à rester ferme sur cet enjeu et à confirmer son vote.

2. Droit de regard de l'autorité publique adjudicatrice

Le P-LMP introduit le principe du droit de regard des autorités adjudicatrices... a posteriori ! Le projet prévoit ainsi que, une fois les travaux terminés, si l'adjudicateur estime que le prix était trop élevé, il soit en droit de se faire rembourser la différence par rapport à un « juste prix » à définir.

Ici aussi, le Conseil fédéral fait la sourde oreille : dans le rapport des résultats de la consultation de 2015, le Conseil fédéral admet que « Le droit de regard proposé [...] est rejeté par les 22 participants qui se sont prononcés sur la question, essentiellement des associations économiques et trois spécialistes de la doctrine et de la jurisprudence du droit des marchés publics. Ils y voient notamment une atteinte lourde et injustifiée à la liberté contractuelle »¹. On ne saurait être plus clair...

Les dérives que ce principe pourrait entraîner sont en effet limpides. La nature déloyale du droit de regard tel que proposé par le Conseil fédéral et le renforcement de la position dominante de l'adjudicateur qu'il introduit ne sont pas acceptables ; la proposition est également illogique au vu du fait que, dans le cadre d'une procédure de gré à gré, l'autorité peut faire usage de la négociation avec le soumissionnaire.

Le Conseil des Etats a, fort judicieusement, décidé de supprimer cet article. Nous encourageons le Conseil national à faire de même, tant la proposition du Conseil fédéral serait source d'insécurité pour les entreprises et battrait en brèche les principes élémentaires du droit des contrats.

3. Communautés de soumissionnaires et sous-traitants

Cet article revêt une grande importance pour l'industrie de la construction, en particulier pour les PME. Le Conseil fédéral propose que :

² La participation multiple de sous-traitants ou la participation multiple de soumissionnaires à des communautés de soumissionnaires **ne sont possibles que si elles sont expressément admises dans l'appel d'offres** ou dans les documents d'appel d'offres.

Lors de son examen du projet, le Conseil national a corrigé cet article de la manière suivante :

² La participation multiple de sous-traitants ou la participation multiple de soumissionnaires à des communautés de soumissionnaires **sont possibles en principe, mais elles peuvent être exclues dans l'appel d'offres** ou dans les documents d'appel d'offres.

¹ Département fédéral des finances (2016) : *Rapport sur les résultats de la procédure de consultation concernant la révision de la loi fédérale et de l'ordonnance sur les marchés publics (LMP/OMP) et l'ordonnance sur les valeurs seuils applicables aux marchés publics (OVS)*, p. 9

Malheureusement, le Conseil des Etats propose de revenir à la formulation du Conseil fédéral. Or, la possibilité des participations multiples accroît la concurrence, permet aux entreprises de collaborer efficacement entre elles et aux PME de se profiler sur les marchés. Elle permet aussi de s'assurer que, pour un chantier donné, la meilleure combinaison d'entreprises et de savoir-faire puisse être retenue par l'adjudicataire. Il est donc nécessaire que le Conseil national corrige le projet issu du Conseil des Etats et confirme sa position initiale.

4. Exclusion de la procédure et révocation de l'adjudication - art. 44, al. 2, let. h

La lettre h de l'art. 44, al. 2, introduite sur proposition du Conseiller aux Etats vaudois Olivier Français, indique qu'un adjudicateur peut prendre des mesures contre un soumissionnaire si ce dernier a violé la loi sur la concurrence déloyale. Cette possibilité prend tout son sens suite à plusieurs cas récents d'adjudications choquantes à des entreprises peu scrupuleuses et portant atteinte au bon fonctionnement du marché. Introduire cette précision dans la LMP permettrait de combattre plus efficacement de telles pratiques et les entreprises soutiennent cette démarche. Nous encourageons donc le Conseil national à confirmer la position du Conseil des Etats.

Pour plus d'information :

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

constructionromande est une association intercantonale fondée en 2016 pour défendre les intérêts de l'industrie romande de la construction. Plusieurs fois par année, elle réunit ses organisations membres pour favoriser l'émergence de positions et de projets communs. Elle est affiliée à constructionsuisse dont elle diffuse les idées et les valeurs en Suisse romande.

constructionromande fédère une dizaine d'associations romandes de branche et d'associations interprofessionnelles cantonales du gros œuvre, du second œuvre, des métiers techniques du bâtiment, des mandataires et des fournisseurs de la construction. Elle constitue de ce fait un interlocuteur privilégié et représentatif auprès des politiciens et des médias pour toutes les questions se rapportant à l'industrie romande de la construction.