

28.05.2019

Session d'été 2019 des Chambres fédérales - priorités de constructionromande

Table des matières

Conseil des Etats et Conseil national

1.	17.019 - Révision totale de la loi sur les marchés publics.....	1
1.1.	Art. 11, let. f - Principes régissant la procédure.....	1
1.2.	Art. 12, al. 1 - Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs	2
1.3.	Art. 59 - Droit de regard.....	3

Conseil des Etats

1.	19.3236 - Mo. Rieder « Concurrence à armes égales » et 19.3238 - Mo. Caroni « Moins de distorsions de concurrence provoquées par les entreprises publiques ».....	4
----	---	---

Conseil des Etats et Conseil national

1. 17.019 - Révision totale de la loi sur les marchés publics

→ Se référer aux annexes suivantes :

- Recommandations complètes de constructionsuisse, avec une description détaillée de l'enjeu des dispositions relatives à la protection des travailleurs (art. 12, al. 1)*
- Communiqué de presse de la COMCO (09.04.2019) : « La COMCO recommande l'abolition des émoluments dans les marchés publics »*

Les deux Conseils sont appelés à se prononcer sur ce projet de révision de la loi sur les marchés publics (LMP). Des divergences importantes demeurent.

L'association nationale constructionsuisse a récapitulé les priorités pour l'industrie suisse de la construction ; constructionromande encourage le Conseil national à faire siennes ces propositions. En complément, constructionromande insiste en particulier sur l'importance des points ci-dessous.

1.1. Art. 11, let. f - Principes régissant la procédure

L'article 11 règle la procédure applicable lors de la passation de marchés publics. Le Conseil national propose l'introduction d'une nouvelle lettre f, précisant que l'adjudicateur ne perçoit aucun émoluments pour la mise à disposition des documents d'appel d'offres. Le Conseil des Etats refuse pour l'instant cette proposition ; la Commission du Conseil des Etats propose une alternative : une modification de l'art. 35, let. s prévoyant un émoluments couvrant les frais.

Appréciation : la proposition du Conseil national est à privilégier. Percevoir des émoluments pour la simple mise à disposition des documents d'appel d'offres n'est pas justifiable et peut constituer une barrière d'entrée pour les PME. Il faut relever que certains adjudicateurs abusent régulièrement de la possibilité qui leur est faite de facturer des émoluments en exigeant des montants prohibitifs ; un récent cas a vu un adjudicateur fédéral important facturer plusieurs milliers de francs pour la mise à disposition de ces documents, au prétexte qu'ils étaient « d'excellente qualité » (!). La possibilité de prévoir un émoluments « couvrant les frais » ne permet pas d'empêcher la survenance de ce type d'abus à l'avenir, même si cette proposition aurait le mérite de cadrer un peu plus certaines pratiques.

Position de la COMCO : il convient de souligner que la Commission de la concurrence (COMCO) a récemment publié une recommandation d'abolition des émoluments pour la documentation d'appels d'offre (se référer au communiqué de presse en annexe) au motif que de tels émoluments restreignent la concurrence dans les marchés publics, discriminent les entreprises et constituent une violation de la Loi sur le marché intérieur (LMI)

Position de constructionromande : vote selon Conseil national (13.06.2018) - « f. il ne perçoit aucun émolument pour la mise à disposition des documents d'appel d'offres. »

1.2. Art. 12, al. 1 - Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs

→ *Se référer à la description détaillée de cet enjeu en annexe*

Législation actuelle : la LMP actuelle pose que les marchés ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires respectant 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 du point de vue du droit public.

Proposition du Conseil fédéral : le projet du Conseil fédéral, privilégié par le Conseil des Etats, prévoit que les dispositions du lieu d'origine de l'entreprise (en Suisse) soient déterminantes et non pas celles du lieu d'exécution de la prestation. La position du Conseil fédéral est d'autant plus incompréhensible qu'il admet lui-même dans son message que « la majorité des participants à la procédure de consultation sont favorables au maintien de la réglementation fédérale actuelle ». La démarche privilégiée par le Conseil fédéral s'apparente à une tentative de passage en force.

Appréciation : 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. Cette proposition repose en effet sur des postulats erronés :

- l'identité des conditions de travail dans tout le pays : dans les faits, mais surtout du point de vue légal, ces conditions diffèrent fortement. A titre d'exemple, la Convention nationale du Gros œuvre prévoit trois niveaux de salaires différents en fonction des zones géographiques, permettant de tenir compte de la capacité économique des cantons.

→ **La proposition du Conseil fédéral va à l'encontre du principe des conventions collectives de travail (CCT), dont la validité territoriale est pourtant approuvée par le SECO.**

- La contradiction apparente avec la loi sur le marché intérieur (LMI) : le Conseil fédéral justifie cette proposition en invoquant la loi sur le marché intérieur (LMI) et la lutte contre le cloisonnement des marchés. Or, la LMI a pour but de garantir à toute entreprise l'accès libre et non discriminatoire au marché intérieur. L'exigence du respect des conditions de travail locales ne constitue en rien une restriction d'accès au marché, bien au contraire.

Il s'agit ici de veiller à ce que le droit public continue à exiger le respect des mêmes conditions de travail par toutes les entreprises déployant leur activité dans un canton ou une région donnée, indépendamment de leur lieu d'origine. Il convient de souligner que cette exigence ne s'appliquerait que pour le marché public concerné ; rien n'interdit donc à une entreprise de pratiquer des conditions sociales différentes de manière générale en amont ou en aval du marché public concerné, et rien n'interdit à cette entreprise de soumissionner dans l'ensemble du pays.

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. Le Conseil des Etats se prononce au contraire pour la version du Conseil fédéral. constructionromande encourage les Chambres à privilégier la position du Conseil national et de la Minorité de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats.

Position de constructionromande : vote selon Conseil national (13.06.2018) et la Minorité CER-CE (Français, Fetz, Föhn, Levrat, Zanetti Roberto) - « ... et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est fournie, les obligations ... »

1.3. Art. 59 - Droit de regard

Législation actuelle : l'art. 5 de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP) stipule que lorsque la libre concurrence fait défaut et que la valeur du marché atteint au moins un million de francs, l'adjudicateur convient avec le soumissionnaire d'un droit de regard sur le calcul des prix.

Proposition du Conseil fédéral : selon l'OMP (ci-dessus) le droit de regard doit faire l'objet d'un accord entre l'adjudicateur et le soumissionnaire. Au contraire, l'art. 59 introduit le principe du droit de regard automatique des autorités adjudicatrices lors d'adjudications de gré à gré. Selon la formulation de l'article, ce droit de regard serait également valable a posteriori, soit une fois les travaux terminés.

Appréciation : cette proposition du Conseil fédéral n'est pas acceptable. Elle l'est d'autant moins que dans le cadre d'une procédure de gré à gré, l'autorité est en mesure de négocier librement les honoraires avec le soumissionnaire. En droit privé il serait difficilement compréhensible qu'une partie (ici l'Etat) bénéficie exclusivement en sa faveur d'un droit ultérieur de modification en relation avec le montant de la rémunération. Si toute autre partie soumise au droit civil exigeait une telle clause contractuelle, on lui reprocherait à juste titre un comportement déloyal.

Dans le rapport des résultats de la consultation fédérale de 2015, le Conseil fédéral admet pourtant 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.

Nous encourageons les Chambres à confirmer le vote du Conseil des Etats et de biffer cet article.

Position de constructionromande : vote selon Conseil des Etats (10.12.2018) - biffer

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

Conseil des Etats**1. 19.3236 - Mo. Rieder « Concurrence à armes égales » et 19.3238 - Mo. Caroni « Moins de distorsions de concurrence provoquées par les entreprises publiques »**

Ces deux motions s'attaquent au problème de la concurrence déloyale posée par les entreprises publiques. Souvent en position dominante ou de monopole de fait en raison, par exemple, de l'existence de concessions, ces entreprises profitent de cet avantage pour offrir des services sur le marché libre à des conditions contre lesquelles les entreprises privées, en particulier les PME, ne peuvent pas lutter à armes égales.

L'acceptation de ces motions enverrait un signal clair en faveur d'une concurrence plus équitable et réellement efficace, en permettant aux mécanismes de marché d'agir avec moins de distorsion.

Ces motions se situent dans la droite ligne du postulat 15.3880 (P. Schilliger) « L'Etat concurrence-t-il l'économie ? Un aperçu de la situation est nécessaire », soutenu par l'industrie de la construction et adopté par le Conseil national en 2015.

Position de constructionromande : adoption des deux motions

Pour plus d'information : **Nicolas Rufener, directeur**

022 339 90 00 - 078 754 48 57 - rufener@fmb-ge.ch

www.constructionromande.ch

constructionromande est une association intercantonale fondée en 2016 pour défendre les intérêts de l'industrie romande de la construction. 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.

*** **

17.019 Loi fédérale sur les marchés publics. Révision totale (divergences) Recommandations de constructionsuisse à l'attention du Conseil des Etats

Article	Projet du Conseil fédéral du 15 février 2017	Décision CE du 10 décembre 2018	Décision CN du 7 mars 2019	Proposition CER-E du 9 avril 2019	Recommandation constructionsuisse	Justification
Art. 12 Al. 1	Conditions de travail ... Les marchés publics portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur en Suisse...	<i>Selon Conseil fédéral</i>	... soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est fournie.	Majorité : <i>Conservar</i> Minorité : <i>Selon Conseil national</i>	<i>Selon Minorité</i>	Pour les conditions de travail, le principe du lieu de fourniture de la prestation est préférable au principe de la provenance de l'entreprise : avec le principe du lieu de provenance de l'entreprise, les soumissionnaires de cantons avec de bonnes conditions de travail sont désavantagés, par rapport aux soumissionnaires de « cantons à bas salaires ». A l'étranger, il suffit de respecter les normes fondamentales de l'OIT. Cf. description détaillée p. 2.
Art. 29 Al. 1 Al. 2	Critères d'adjudication Outre le prix de la prestation [l'adjudicateur] peut prendre en considération des critères tels que la qualité, l'adéquation, les délais, la valeur technique, la rentabilité, les coûts du cycle de vie, l'esthétique, le développement durable ...	¹ ... Outre le prix de la prestation [l'adjudicateur] peut prendre en considération des critères tels que ... la plausibilité de l'offre, les différents niveaux de prix des pays dans lesquels les prestations sont fournies.	¹ ... plausibilité de l'offre, fiabilité du prix, ... ² Il peut en outre prendre en compte les différents niveaux de prix au lieu où la prestation est fournie à l'étranger...	Majorité : ¹ ... plausibilité de l'offre, différents niveaux de prix, fiabilité du prix, ... Minorité : <i>Selon Conseil national</i>	<i>Selon Minorité</i>	Nous saluons le fait que l'accent ne soit plus mis exclusivement sur le prix, mais que la qualité, la durabilité, les coûts durant le cycle de vie, etc. soient également pris en compte ; nous saluons tout particulièrement la prise en compte de la plausibilité de l'offre et de la fiabilité du prix comme critères d'adjudication (aussi bien par la majorité que par la minorité). Nous soutenons le déplacement du critère constitué par le niveau de prix hors du domaine des accords internationaux (art. 29, al.2). Dans le domaine des accords internationaux (art. 29, al. 1), ce critère représenterait une violation grave des règles de l'OMC.
Art. 41 Al. 1	Adjudication Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse* <i>(*günstig en allemand).</i>	<i>Selon Conseil fédéral</i>	Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse*. <i>(*vorteilhaft en allemand)</i>	Majorité : Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse*. Celle-ci correspond à l'offre avec le meilleur rapport prix/prestations. Minorité: <i>Selon CN</i> <i>(*vorteilhaft en allemand)</i>	<i>Selon Minorité</i>	Le terme allemand « vorteilhaft » exprime clairement le fait que l'avantage se réfère au rapport prix/prestations. Cette nouvelle terminologie doit souligner ce changement de paradigme. Afin de mettre en œuvre avec succès ce changement au sein des pouvoirs adjudicateurs, ces derniers ont besoin d'une marge de manœuvre pour adjuger le marché à l'offre la plus avantageuse, en tenant compte de critères comme la durabilité, la plausibilité de l'offre, etc. Une définition légale en tant que « offre avec le meilleur rapport prix/prestations » mettrait trop fortement l'accent sur le prix et serait inutilement restrictive, raison pour laquelle nous soutenons la minorité.
Art. 59	Droit de regard	<i>Supprimer</i>	<i>Selon Conseil fédéral</i>	CER-E <i>Maintenir</i> <i>(= supprimer)</i>	<i>Selon CER-E</i>	L'ensemble de cet article contrevient au principe de l'égalité de traitement et au principe de base selon lequel les contrats doivent être respectés, une fois qu'ils ont été conclus.

Description détaillée de l'enjeu des dispositions relatives à la protection des travailleurs (art. 12, al. 1)

Le Conseil des Etats a décidé de supprimer l'exigence du respect des conditions du lieu de la prestation (figure dans la LMP actuelle, non dans le projet du Conseil Fédéral mais réintroduit par le Conseil national), au profit de l'exigence du respect des conditions de travail (protection des travailleurs) au lieu d'origine.

Cette décision repose sur la fiction de l'identité des conditions de travail dans tout le pays et de la prétendue surcharge que représenterait l'autre alternative pour les entreprises (en rappelant toutefois que ce sont surtout les plus grosses qui sont actives dans différentes régions, mais qu'elles ont aussi souvent simplement des succursales, ce qui évacue la problématique). C'est l'argument toujours porteur du "KMU freundlich". A noter également que certains prétendent que cette solution serait imposée par la LMI (loi sur le marché intérieur).

Plusieurs arguments militent en faveur d'un retour à la situation du Conseil National :

1. Si les conditions sont équivalentes en Suisse, alors les deux solutions se valent et primer les conditions du lieu d'origine n'a aucun sens ;
2. Dans les faits, les conditions diffèrent fortement (cf. CN qui prévoit trois niveaux de salaires en fonction des zones géographiques) ;
3. Les entreprises étrangères sont contraintes de respecter les conditions du lieu du chantier ;
4. Lorsqu'il s'agit de vérifier le respect de conditions de travail sur un chantier, si plusieurs régimes cohabitent, cela devient ingérable ;
5. Les conventions collectives de travail (CCT) déclarées de force obligatoires ont un champ d'application géographique. Sur le territoire sur lequel elles s'appliquent, elles sont impératives. Cela consacre le principe des conditions du lieu de la prestation.
6. Avec le respect des conditions du lieu d'origine, les entreprises calculeraient une offre avec certaines charges, mais pourraient se voir contraintes de s'acquitter de charges distinctes sur le lieu de la prestation du fait de la CCT déclarée de force obligatoire ;
7. La LMI n'empêche nullement des conditions différentes. Elle prescrit simplement que cela ne doit ni être discriminatoire, ni empêcher un prestataire d'un autre lieu de venir offrir ses prestations. Or, tous les prestataires sont soumis aux mêmes conditions lorsqu'il faut respecter celles du chantier (à l'inverse du cas des conditions du lieu d'origine) et cela n'empêche personne de prêter ;
8. Les cantons qui connaissent les conditions du lieu du chantier (contrairement à ce que prétend le Conseil des Etats) et qui l'appliquent rigoureusement (Genève par exemple) sont ceux qui ont le plus fort taux de pénétration de prestataires extérieurs, battant en brèche l'argument protectionniste ;
9. Il s'agit d'une exigence abstraite, puisque le soumissionnaire doit s'engager à respecter, pour le personnel concerné, les conditions du lieu de la prestation s'il décroche le marché.



Communiqué de presse

Date

9 avril 2019

La COMCO recommande l'abolition des émoluments dans les marchés publics

Berne, 09.04.2019 – La Commission de la concurrence recommande aux Cantons de ne percevoir aucun émolument pour la documentation d'appel d'offres. Ces émoluments restreignent la concurrence dans les marchés publics.

La perception d'émoluments pour disposer de la documentation d'appel d'offres amène à une discrimination des offreurs intéressés et, de manière générale, à une violation de la Loi sur le marché intérieur (LMI). Dans certains appels d'offres, les pouvoirs adjudicateurs cantonaux perçoivent ces types d'émoluments. Les offreurs intéressés sont ainsi obligés de s'acquitter d'un émolument pour recevoir la documentation d'appel d'offres, au motif, entre autres, de protéger les secrets d'affaires. Le montant de cet émolument s'élève souvent à quelques milliers de francs.

La COMCO a examiné la légitimité de cet émolument sous l'angle de la LMI, laquelle prévoit, entre autres, des exigences minimales pour les marchés publics. La COMCO a conclu que la perception de ces émoluments constitue une restriction à l'accès au marché qui influence négativement la concurrence. Des soumissionnaires potentiels pourraient être ainsi dissuadés de présenter une offre.

Une justification fondée sur la LMI, telle que la protection des secrets d'affaires, ne légitime en règle générale pas cette restriction. En outre, il existe d'autres moyens possibles et moins incisifs, tels que des accords de confidentialité ou une transmission graduelle de la documentation d'appel d'offres.

Ces émoluments sont également thématiques dans l'actuelle révision de la Loi fédérale sur les marchés publics. La recommandation de la COMCO s'adresse aux Cantons qui doivent appliquer les exigences minimales prévues par le droit du marché intérieur.

Adresse pour l'envoi de questions:

Andreas Heinemann Président	078 842 96 01	andreas.heinemann@comco.admin.ch
Patrik Ducrey Directeur	058 464 96 78	patrik.ducrey@comco.admin.ch
Stefan Renfer Responsable marché intérieur	058 469 28 55	stefan.renfer@comco.admin.ch