

Consultation sur le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (P-AIMP)

Madame la secrétaire générale adjointe,

C'est avec un grand intérêt que nous avons pris connaissance du projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (P-AIMP). Nous vous remercions d'avoir consulté notre canton.

Le projet qui nous a été soumis, dont l'objectif principal est d'une part, de transposer à l'échelon fédéral et au niveau cantonal l'accord OMC révisé sur les marchés publics, adopté officiellement le 30 mars 2012 et entré en vigueur le 6 avril 2014 et d'autre part, d'harmoniser le droit des marchés publics en Suisse, ne soulève pour nous aucune objection majeure.

Donnant suite à votre demande, nous vous communiquons néanmoins ci-après les quelques observations suscitées par l'examen des documents remis.

S'agissant de l'article traitant du "**Droit applicable**", il nous paraîtrait souhaitable d'énumérer non seulement tous les cas de figure entre collectivités publiques cantonales et fédérales et d'examiner dans quelle circonstance le droit cantonal ou fédéral est applicable, comme le fait **l'article 5 P-AIMP**, mais également de prévoir et de clarifier la situation dans laquelle il y a adjudication conjointe entre un partenaire privé et une collectivité publique.

En ce qui concerne **l'article 10, alinéa 3, P-AIMP**, relatif aux "**Valeurs seuils**", il ne fait pas la distinction entre les marchés publics de construction soumis aux accords internationaux et les marchés publics non soumis à ces marchés, pour lesquels le calcul de la valeur déterminant la procédure applicable obéit à des règles différentes.

L'article 11, alinéa 3, P-AIMP, traitant des "**Exceptions**" à l'application de l'accord est susceptible d'induire en erreur un pouvoir adjudicateur, en stipulant que "*Ne doivent pas faire l'objet d'un appel d'offres public les marchés...*". Cet énoncé pourrait sous-entendre que le marché en question est tout de même soumis à la législation sur les marchés publics, ce qui n'est précisément pas le cas. Dès lors, il faudrait stipuler: "*Ne sont pas soumis aux dispositions du présent Accord...*".

Concernant **l'article 13 P-AIMP**, qui traite du "**Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail**", **l'alinéa 1** devrait à notre sens être rédigé de façon plus générale et s'adresser non seulement aux soumissionnaires étrangers, mais également aux soumissionnaires suisses lorsqu'ils se voient adjudger un marché à l'étranger, pour tout ce qui concerne le respect des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT).

Quant à **l'alinéa 4** dudit article, concernant notamment le contrôle des dispositions relatives à l'égalité de traitement entre femmes et hommes, il comble la lacune de la version de l'accord intercantonal en vigueur à ce jour, qui ne précisait pas de quelle manière le respect de cette disposition pouvait être contrôlé.

Cela étant, nous souhaitons également rappeler que l'égalité entre hommes et femmes ne s'étend pas qu'au "traitement" et qu'il y aurait dès lors lieu de supprimer ce terme, tout en sachant pertinemment que les aspects autres que salariaux sont parfois nettement plus difficiles à cerner et à appréhender.

Contrairement aux cantons qui les ont jusqu'à présent bannies de leur ordre juridique, les "**Négociations**" prévues par l'**article 24 P-AIMP** ont toujours existé dans le droit fédéral sur les marchés publics. Nous nous interrogeons sérieusement sur la pertinence de cet outil, dans la mesure notamment où notre volonté a toujours été de ne pas réserver une "marge de manœuvre" aux soumissionnaires. En clair, nous leur demandons d'indiquer directement le "juste prix" dans leurs soumissions.

Dans un esprit de compromis et dans la mesure où les travaux du groupe de travail AURORA, formé paritairement de représentants de la Confédération et des cantons, avaient spécialement comme objectif une "harmonisation parallèle des réglementations de la Confédération et des cantons en matière de marchés publics", nous pourrions nous rallier à la proposition arrêtée par le groupe de travail en question, dont les travaux préliminaires constituent le "socle du projet intercantonal", d'introduire une possibilité de négociations, à la condition que la Confédération admette en contrepartie l'ouverture de voies de droit pour ses marchés publics, à partir d'une valeur de marché de 150.000 francs.

L'**article 26 P-AIMP** relatif au "**Dialogue**" nous paraît être une nouveauté intéressante pour des marchés complexes, dont il est très difficile de saisir l'ampleur ou pour lesquels un pouvoir adjudicateur n'a simplement pas les moyens ou les connaissances requises pour en appréhender les tenants et aboutissants.

Par contre, ce dialogue ne doit en aucun cas pouvoir être entendu comme une "discussion" sur les prix.

S'agissant des "**Critères d'adjudication**", nous ne pouvons que saluer le fait que l'**article 31, alinéa 1, P-AIMP** en élargisse l'éventail, ce qui permettra aux autorités d'avoir une marge de manœuvre plus grande pour instituer une politique d'achat durable et donner ainsi un avantage aux entreprises qui ont par exemple mis en place une stratégie de développement durable adéquate et conséquente, en accord notamment avec les nouveaux objectifs en matière d'énergies alternatives ou autres.

L'**article 40 P-AIMP**, portant sur l'"**Examen et évaluation des offres**", pourrait engendrer certaines difficultés d'application, ce d'autant qu'il nous semble y avoir une contradiction entre son alinéa 1 et 2.

Si "*les erreurs manifestes de calcul sont corrigées d'office*" (**alinéa 1**), ce qui est déjà le cas actuellement, il nous paraît nettement plus difficile de pouvoir appliquer les termes de l'**alinéa 2**, qui stipule que "*L'adjudicateur peut procéder à une rectification des offres lorsque cela est nécessaire pour les rendre objectivement comparables et pour autant que cela soit compatible avec le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires*".

Cette solution ne pourra évidemment être admise et acceptée que si le soumissionnaire, après que le pouvoir adjudicateur ait mis toutes les offres sur pied d'égalité, ne modifie plus ses prix d'un seul centime, sous peine d'exclusion immédiate de la procédure, conformément à la jurisprudence en la matière.

Quant à l'**article 40, alinéa 3, P-AIMP**, l'adjudicateur qui reçoit une offre dont le prix est anormalement bas par rapport aux prix des autres offres, "**doit demander des renseignements utiles...**", et non "**peut demander des renseignements utiles...**", conformément également à la jurisprudence en la matière.

L'article 44 P-AIMP traite de l'"**Exclusion de la procédure et révocation de l'adjudication**". Nous pouvons noter avec satisfaction que l'exclusion d'un soumissionnaire d'une procédure d'adjudication peut dorénavant également être prononcée lorsque celui-ci, ses organes, un tiers auquel il fait appel ou les organes de ce dernier "*enfreint les dispositions relatives à la lutte contre la corruption*" (art. 44 lit. h) ou "*enfreint les dispositions relatives à la lutte contre le travail au noir*" (art. 44 lit. i).

En ce qui concerne **l'article 45, alinéa 1, P-AIMP**, qui traite des "**Sanctions**", il est prévu que "*Lorsqu'un soumissionnaire se trouve, lui-même ou à travers ses organes, de manière grave, dans un ou plusieurs des cas énoncés à l'article 44, lettres d, g et h, l'adjudicateur ou l'autorité compétente désignée par la loi, peut lui adresser un avertissement, l'exclure des futurs marchés publics pour une durée maximale de cinq ans ou lui infliger une amende pouvant aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre*".

Nous préconisons non seulement de supprimer le terme "*de manière grave*", pour éviter qu'un soumissionnaire qui commet les infractions visées par les dispositions précitées, puisse se retrouver exempté de toutes sanctions, mais surtout de rajouter à la liste l'article 44, lettre i, visant le soumissionnaire qui "*enfreint les dispositions relatives à la lutte contre le travail au noir*".

L'article 52 P-AIMP relatif à la thématique des "**Recours**" représente une des solutions de compromis entre les cantons et la Confédération au titre de contribution supplémentaire à l'harmonisation des législations fédérale et cantonale.

Il ne nous semble cependant malheureusement pas possible d'accepter la proposition consistant à introduire une possibilité de recours au Tribunal cantonal "*lorsque la valeur du marché atteint 150.000 francs*" (**alinéa 1**).

Si la solution préconisée par la Confédération représente un pas en avant conséquent pour elle, qui ne connaissait de voies de recours qu'à partir des seuils de 8,7 millions de francs pour les ouvrages et de 230.000 francs pour les services et les fournitures, il n'en va de loin pas ainsi au sein des cantons, qui ont pour la plupart d'entre eux, comme l'a fait notre canton d'ailleurs, repris les seuils fixés aux annexes 1 et 2 de l'AIMP actuel, pour exclure des voies de recours les procédures effectuées "de gré à gré", soit jusqu'à 300.000 francs pour les marchés de construction (gros œuvre), 150.000 francs pour les marchés de service et 100.000 francs pour les marchés de fournitures.

Dans la mesure où ces seuils ne sont absolument pas destinés à être modifiés par le projet qui nous est soumis, il deviendrait encore plus difficile et compliqué d'expliquer aux divers acteurs soumis à la législation sur les marchés publics que certains marchés de gré à gré seraient dorénavant soumis à recours et d'autres pas.

La volonté d'harmonisation, parfaitement louable et dont nous ne pouvons que nous féliciter au demeurant, ne devrait cependant en aucun cas engendrer de nouvelles complications et difficultés dans une matière déjà très complexe en soi.

Au vu de notre volonté de supprimer cette disposition légale, **l'article 52, alinéa 2, P-AIMP** perd toute signification et doit également être supprimé.

L'article 52, alinéa 3, P-AIMP, qui prévoit une double variante, à savoir d'une part un droit de recours de la commission de la concurrence (COMCO), d'autre part un même droit de recours de l'autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) contre toutes décisions des pouvoirs adjudicateurs ou tribunaux en relation avec les marchés publics, n'a aucun

sens à nos yeux. Le droit des marchés publics a atteint une telle maturité qu'une voie de droit ouverte à la COMCO ne peut qu'alourdir et retarder davantage encore nombre de projets des collectivités publiques et autres entités soumises à la législation sur les marchés publics.

Quant à la voie de recours prévue en variante en faveur de l'autorité intercantonale pour les marchés publics, elle nous apparaît comme étant politiquement inapplicable. Peut-on simplement imaginer un canton être traduit en justice par ses pairs de l'autorité intercantonale?

Concernant **l'article 53, alinéa 4, P-AIMP**, traitant des "**Objets du recours**" et, plus particulièrement, des procédures d'adjudication dont la valeur du marché est inférieure à 150.000 francs, nous en proposons la suppression pure et simple, celui-ci devenant sans objet ensuite des considérations précitées sur l'article 52 P-AIMP.

Au cours de la consultation du présent projet, le président de l'association simap.ch a remis aux membres de celle-ci un courrier daté du 19 novembre 2014, sollicitant l'adoption d'une base juridique afin que simap.ch, qui est la plateforme de référence en tant qu'organe de publication officielle dans le domaine des marchés publics en Suisse, puisse avoir la possibilité de prélever une modeste contribution auprès des adjudicataires, afin de pouvoir éviter, sur le long terme, une charge accrue de la part des collectivités publiques exploitant cet outil.

L'article 48, alinéa 1, P-AIMP, qui n'est d'ailleurs pas en cause ici, a expressément reconnu la publication des appels d'offres, de l'adjudication et de l'interruption de la procédure *"sur une plateforme Internet pour les marchés publics exploitée conjointement par la Confédération et les cantons"*.

Cette disposition existait auparavant au § 10, alinéa 2, des directives d'exécution de l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 15 mars 2001, ainsi qu'à l'article 16, alinéa 1, de la loi cantonale sur les marchés publics (LCMP), du 23 mars 1999, qui stipulait que *"...l'appel d'offres est publié au minimum dans la Feuille officielle et sur le site Internet des collectivités suisses consacré aux marchés publics"*.

Nous ne pouvons évidemment qu'être favorable à une solution qui doit permettre aux collectivités publiques de ne pas voir leurs charges augmenter sur le long terme.

Cela dit, nous nous posons la question de savoir si une telle disposition, destinée à devenir **le nouvel article 60a P-AIMP**, n'aurait pas davantage sa place dans les statuts de l'association simap.ch plutôt que dans une loi.

Enfin, et dans la mesure où la modification de l'accord intercantonal sur les marchés publics a non seulement pour objectif une transposition de l'accord OMC révisé sur les marchés publics à l'échelon fédéral et au niveau cantonal, mais qu'il vise surtout à harmoniser le droit des marchés publics en Suisse, il nous semblerait utile de procéder à une clarification de la portée du projet sur le droit cantonal existant.

Vous remerciant de nous avoir consulté, nous vous prions de croire, Madame la secrétaire générale adjointe, à l'assurance de notre parfaite considération.

Neuchâtel, le 17 décembre 2014

Au nom du Conseil d'Etat:

Le président, *La chancelière,*
A. RIBAUD S. DESPLAND

Annexe: formulaire englobant les remarques