



Rapport du Conseil d'État au Grand Conseil
en réponse
à la recommandation du groupe libéral-radical 20.150
« **Marchés publics : facilitons la tâche de nos entreprises** »

(du 16 décembre 2020)

Monsieur le président, Mesdames et Messieurs,

RÉSUMÉ

Le groupe libéral-radical a déposé une recommandation 20.150, acceptée par le Grand Conseil, invitant le Conseil d'État à introduire une liste permanente de « soumissionnaires qualifiés » dans le domaine des marchés publics, liste qui devrait être élaborée en partenariat avec les partenaires sociaux.

La création de listes permanentes dans le contexte des marchés publics se heurte à plusieurs obstacles, de nature pratique et juridique. De surcroît, si la recommandation est fondée sur l'intention légitime et louable de favoriser les entreprises neuchâteloises, celles-ci, représentées par la Fédération Neuchâteloise des Entrepreneurs (FNE), ne sont pas favorables à l'introduction de telles listes.

Le Conseil d'État n'envisage par conséquent pas d'introduire des listes permanentes de soumissionnaires dans le cadre des marchés publics.

1. INTRODUCTION : FONDEMENT DE LA RECOMMANDATION

Le 12 juin 2020, le groupe libéral-radical a déposé la recommandation 20.150 « Marché publics : facilitons la tâche de nos entreprises », dont la teneur est la suivante :

20.150

12 juin 2020

Recommandation du groupe libéral-radical

« Marchés publics : facilitons la tâche de nos entreprises »

Le Conseil d'État est invité à introduire une liste permanente de soumissionnaires qualifiés en application de l'article 34 du règlement d'application de la loi sur les marchés publics (RELCMP). Cette liste permanente sera élaborée en collaboration avec les partenaires sociaux.

À l'appui de leur recommandation, les auteurs de celle-ci font valoir ce qui suit :

« Les art. 32 à 34 du Règlement d'exécution de la loi cantonal sur les marchés publics (RELCMP) précisent les critères d'aptitudes que les entreprises doivent remplir pour pouvoir participer à des marchés publics. Les entreprises sont par exemple et c'est normal tenues d'être à jour avec les impôts, la TVA, les charges sociales ou encore l'égalité salariale notamment. La production des documents requis dans ce cadre représente cependant une contrainte récurrente et sans doute excessive pour les entreprises du canton. Du reste le législateur s'en était soucié lors de l'élaboration de ce règlement puisque l'article 34 RELCMP prévoit littéralement que « le Conseil d'État peut décider de l'introduction de listes permanentes de soumissionnaires qualifiés. »

Toutefois, cette possibilité n'a jamais été mise en œuvre par le Conseil d'État. En cette période de grande difficulté et incertitude économique, la mise en œuvre de cette possibilité permettrait de faciliter la tâche des entreprises qui ne seraient plus contraintes de devoir fournir l'ensemble des documents à chaque fois qu'elles souhaitent participer à un marché public, même sur invitation. La situation économique des entreprises du canton, au terme de la période de semi-confinement décrétée pour des raisons sanitaires, est extrêmement difficile.

Tout ce que le Canton peut faire pour alléger des procédures administratives serait un ballon d'oxygène bienvenu pour les entreprises neuchâteloises. Si au surplus la liste des soumissionnaires qualifiés est élaborée en partenariat avec les associations professionnelles cantonales et les partenaires sociaux, c'est une garantie de bonne pratique des entreprises concernées qui peut être assurée pour l'État. »

En substance, les auteurs de la recommandation entendent introduire une liste officielle des entreprises qui sont à jour avec leurs obligations sociales et fiscales, ce qui aurait pour effet de dispenser celles-ci de produire, lors de chaque soumission, les attestations nécessaires et d'alléger ainsi les formalités administratives qui pèsent sur les entreprises dans le domaine des marchés publics.

Cette recommandation a été acceptée par le Grand Conseil le 24 juin 2020 par 61 voix contre 35.

2. CONDITIONS DE PARTICIPATION DANS LA PRATIQUE DES MARCHÉS PUBLICS

Les offres déposées dans le cadre d'un marché public sont examinées d'abord en fonction de l'aptitude des soumissionnaires, qui porte sur leurs capacités technique, économique, financière et organisationnelle, ainsi que ses expériences et références. Puis, si l'aptitude est donnée, l'offre est évaluée sur la base des critères d'adjudication (exigences techniques et prix).

À côté de ces critères, le soumissionnaire doit remplir des « conditions de participation » : l'entreprise doit respecter les dispositions de protection des travailleurs et travailleuses et les conditions de travail fixées dans les éventuelles conventions collectives de travail. Elle doit également être à jour avec le paiement de ses impôts et des cotisations sociales et respecter l'égalité salariale entre hommes et femmes. Si le soumissionnaire ne répond pas à l'une ou l'autre de ces exigences, il est exclu du marché. Pour vérifier que ces conditions de participation sont remplies, l'adjudicateur doit exiger notamment la production d'attestations fiscales, des caisses sociales (AVS/AI-APG-AC-AF-LAA-LPP-perte de gain maladie), de l'office des poursuites, etc... .

La recommandation du groupe PLR évoque « les impôts, la TVA, les charges sociales ou encore l'égalité salariale notamment » ce qui laisse à penser qu'elle se réfère (certes de manière inexacte car elle parle de critères d'aptitude, mais notre règlement confond aussi les deux notions) aux conditions de participation. Une liste permanente serait donc censée énumérer les entreprises qui remplissent ces conditions et éviter que les soumissionnaires ne doivent déposer, à chaque soumission, les attestations précitées.

À notre connaissance, seuls deux cantons (Valais et Thurgovie) ont établi des listes permanentes. Tous les autres cantons y ont renoncé en raison des difficultés à tenir des listes fiables et actualisées.

En pratique, dans le canton de Neuchâtel, les attestations (du fisc, des caisses sociales ou de l'office des poursuites, entre autres) ne sont pas requises d'emblée lors du dépôt de l'offre. Le soumissionnaire se borne à signer un engagement sur l'honneur par lequel il certifie qu'il répond aux conditions de participation, soit qu'il paie ses impôts, ses cotisations sociales, etc. Ce n'est que si le soumissionnaire est pressenti pour obtenir le marché que l'adjudicateur exigera de sa part le dépôt des attestations susmentionnées avant l'adjudication, pour être sûr que l'adjudicataire est en règle.

3. OBJECTIONS À LA TENUE DE LISTES PERMANENTES

L'établissement de listes permanentes se heurte à plusieurs obstacles ou objections. Sur le plan formel, il conviendrait en premier lieu de désigner, par l'adoption d'un arrêté du Conseil d'État, le service compétent pour créer et tenir à jour ces listes, avec la charge supplémentaire, voire l'augmentation de poste, que cela représente pour l'État, sans compter les procédures de recours (possibles selon l'art. selon l'article 15 al. 1bis, let. b AIMP) que cela pourrait engendrer.

Les entreprises qui souhaitent figurer sur ces listes devraient par ailleurs expressément demander leur inscription, y consacrer du temps et de l'argent (puisque une inscription est sujette à émoluments) alors que leur participation prochaine à un marché n'est pas certaine. La plupart du temps, les attestations officielles (p. ex. cotisations sociales, impôts, poursuites, ...) ne sont, comme déjà dit, pas requises avec le dépôt d'une offre et seul l'adjudicataire sera tenu de les fournir. De plus, si le soumissionnaire fait appel à des sous-traitants, ce qui est fréquent dans le domaine de la construction, l'inscription du soumissionnaire principal sera insuffisante car ses partenaires devront de toute façon déposer les attestations nécessaires.

Cela étant, la principale objection à la tenue de telles listes tient à leur durée de validité. En effet, dans le monde de l'économie et du marché, ce qui est valable aujourd'hui peut ne plus l'être demain. Que l'on songe par exemple à l'introduction d'une poursuite contre une entreprise ou au paiement régulier des impôts. Une liste, par conséquent, a une validité forcément limitée dans le temps et, pour que cette liste offre une certaine garantie de fiabilité, cette durée peut difficilement excéder trois mois, très éventuellement six mois. Cela signifie que, si l'on veut accorder à une liste une crédibilité officielle, elle doit être constamment tenue à jour, et les entreprises qui souhaitent y figurer devraient renouveler leur inscription et redéposer les attestations requises très régulièrement ; pour la plupart des entreprises ce renouvellement serait plus fréquent que la participation à un marché. De son côté, l'autorité devrait veiller à radier de cette liste les entreprises qui ne réitèrent pas leur inscription. Enfin, si l'on considère les enjeux économiques liés à un marché public, particulièrement dans le domaine de la construction où les soumissions portent sur plusieurs centaines de milliers, voire plusieurs millions de francs, l'obligation de déposer les attestations nécessaires ne nous paraît pas représenter une contrainte excessive pour les entreprises.

La recommandation du groupe PLR évoque également une liste de « soumissionnaires qualifiés ». On ignore ce qui est entendu par ces termes : s'il s'agit d'aller au-delà des conditions de participation (très formelles) et de viser aussi les critères, beaucoup plus larges, d'aptitude, telles que les qualifications techniques (p. ex. être titulaire d'un certificat ou d'une autorisation dans un domaine particulier), la tenue d'une liste permanente serait alors peu pertinente et difficilement réalisable. En effet, outre le problème lié à l'actualisation d'une telle liste, les aptitudes requises des soumissionnaires diffèrent sensiblement d'un marché à l'autre, et une qualification mentionnée dans une éventuelle liste pourrait fort bien n'avoir aucune importance pour le marché considéré. Ce constat limiterait considérablement la pertinence et l'utilité d'une telle liste, qui peut même se révéler trompeuse en donnant une apparence d'aptitude pour une entreprise qui n'est en réalité pas qualifiée pour le marché concerné.

Il apparaît ainsi que le système neuchâtelois, basé notamment sur les engagements sur l'honneur demandés aux soumissionnaires, est simple, efficace et peu contraignant pour les entreprises. L'établissement de listes et surtout leur mise à jour constitueraient une charge administrative disproportionnée par rapport aux bénéfices, très limités, qu'on pourrait en attendre.

Enfin, si les entreprises tenaient réellement à la tenue de telles listes, on pourrait envisager d'en confier la gestion aux associations professionnelles, comme cela s'est fait, par le passé, dans le canton de Vaud. Dans ce cas, il conviendrait d'insérer dans notre législation les bases légales nécessaires, notamment une délégation de compétence, et de fixer de manière précise le cadre et les conditions d'inscription. Il y a toutefois fort à parier que les contraintes, financières et administratives, liées à la tenue de ces listes décourageraient rapidement les associations professionnelles comme ce fut le cas chez nos voisins vaudois qui y ont finalement renoncé.

4. POSITION DE LA FÉDÉRATION NEUCHÂTELOISE DES ENTREPRENEURS

La recommandation étant destinée à faciliter la tâche des entreprises neuchâtelaises, celles-ci ont été consultées, par le biais de la FNE.

La réponse du 7 octobre 2020 de la FNE figure en annexe au présent rapport

En substance, concernant l'introduction de listes permanentes, la réponse de la FNE est claire. Il est suggéré de renoncer à de telles listes, jugées « inutiles » et « chronophages », celles-ci obligeant de surcroît les partenaires sociaux et l'Etat à multiplier les « contrôles en tous genres », ce qui n'est visiblement pas souhaité. La FNE n'envisage par ailleurs pas de s'engager à tenir de telles listes.

5. PROBLÉMATIQUE DE LA BASE LÉGALE

Dans son arrêt du 20 décembre 2018 (CDP.2018.381-MAP), le Tribunal cantonal s'est montré très restrictif sur les possibilités du Conseil d'État d'introduire des dispositions dans le RELCMP s'il ne dispose pas d'une délégation expresse dans la loi sur les marchés publics (LCMP), et ceci « même si ces règles sont encore conformes au but de la loi ».

En l'occurrence, la possibilité d'introduire des listes permanentes découle de l'article 34 RELCMP, selon lequel « le Conseil d'État peut décider l'introduction de listes permanentes de soumissionnaires qualifiés ». La loi quant à elle n'évoque nulle part la tenue de listes permanentes et ne confère pas au Conseil d'État la possibilité d'en introduire.

Par conséquent, au vu de la jurisprudence stricte rendue en la matière, on pourrait voir dans l'introduction de ces listes un acte du Conseil d'État « outrepassant ses compétences réglementaires », comme l'a jugé le Tribunal cantonal en 2018.

Enfin, on notera que, avec l'adoption du nouvel Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), la législation neuchâteloise dans le domaine des marchés publics est sur le point d'être complètement révisée de sorte qu'une modification légale ou l'adoption d'un arrêté du Conseil d'État sur la question des listes permanentes nous paraît actuellement inopportune.

Le sujet pourra toutefois être rediscuté lors de la ratification de l'AIMP par le Grand Conseil, probablement dans le courant de l'année 2021.

6. CONCLUSION

Compte tenu de l'argumentation qui précède, et notamment de l'avis exprimé par la FNE, le Conseil d'État n'envisage pas d'introduire des listes permanentes de « soumissionnaires qualifiés » et n'entend donc pas donner suite à la recommandation

Il nous paraîtrait en particulier peu judicieux, voire contre-productif, d'établir des listes dont les entreprises elles-même ne veulent pas.

Veillez agréer, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

Neuchâtel, le 16 décembre 2020

Au nom du Conseil d'État :

La présidente,
M. MAIRE-HEFTI

La chancelière,
S. DESPLAND

Courrier du 7 octobre 2020 de la FNE

« La lettre signée par Monsieur le conseiller d'Etat Alain Ribaux et datée du 9 septembre écoulé nous est bien parvenue ; elle a retenu la meilleure attention de notre Fédération et de son président.

Nous en partageons les doutes. Nous croyons comme vous que la tenue de listes permanentes de soumissionnaires qualifiés se révélerait inutile dès lors que les entreprises lorsqu'elles postulent s'engagent sur l'honneur à respecter les législations et les dispositions conventionnelles.

Tenir une liste de soumissionnaires impliquerait lourdeurs administratives et démarches chronophages. De surcroît, sa mise à jour ne relèverait pas d'un seul partenaire ou d'une seule entité étatique, mais obligerait syndicats et services de l'État à partager, actualiser et multiplier constamment leurs contrôles en tous genres.

En réalité, dans la pratique, les partenaires sociaux (Unia et la FNE en l'occurrence) tiennent d'ores et déjà un registre des entreprises du secteur principal de la construction aptes à répondre avec succès aux critères des appels d'offres des pouvoirs adjudicateurs. Ce registre paritaire, en effet, recèle mille renseignements sur les entreprises qui respectent les dispositions conventionnelles et sur les entreprises qui ne les respectent pas. Pour ces dernières, avec Unia, nous tenons aussi la liste des entreprises sanctionnées et la liste des entreprises qui ne pourraient répondre aux critères des marchés publics.

Enfin, la FNE ne saurait s'engager à tenir une liste de soumissionnaires qualifiés sans devoir augmenter le coût de ses charges de personnel car la gestion d'une telle démarche impliquerait l'engagement de nouveaux moyens de contrôles et l'instauration d'une surveillance accrue des chantiers et des entreprises neuchâteloises. Nous rappelons qu'en la matière, la FNE tient à jour la liste de ses membres, une liste disponible en tout temps, vérifiée et actualisée. Plus loin, depuis peu, nous vous informons que les travailleurs des entreprises de la construction et du génie civil portent un badge. Ce badge atteste que l'entreprise respecte toutes ses obligations ; il en apporte une preuve visible. La proposition de le rendre obligatoire pour les marchés organisés par les pouvoirs publics et parapublics neuchâtelois vous parviendra dans les meilleurs délais.

Nous n'incriminons surtout pas les signataires de la recommandation 20.150, adoptée par l'Autorité législative du canton. L'idée apparaissait bonne et opportune à l'heure où nous devons encourager et promouvoir les politiques économiques de proximité. Nous en remercions l'auteur et son parti : l'intervention politique aura permis aux institutions consultées de vérifier qu'en la matière le pragmatisme et la bienveillance des acteurs du marché (l'Etat, ses services, les pouvoirs adjudicateurs publics et les partenaires sociaux) répondaient présentement à toutes les attentes. Comme les parlementaires, la FNE veille à ce que toutes les procédures administratives soient bel et bien allégées et rendues imperméables aux excès de zèle en tous genres.

Nous vous remercions vivement de votre consultation et demeurons plus que jamais à votre entière disposition. »