

Rapport du Conseil d'État au Grand Conseil

(Du 5 décembre 2022)

PROPOSITIONS DE LA COMMISSION PARLEMENTAIRE**Projet de décret portant adhésion à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 (AIMP)****Projet de loi sur les marchés publics (LCMP)**

La commission parlementaire des affaires extérieures,

composée de M^{mes} et MM. Sloane Studer, présidente, Arnaud Durini, vice-président, Annie Clerc-Birambeau, Garance La Fata (remplacée par Romain Dubois), Amina Chouiter Djebaili, Patricia Borloz, Alexandre Brodard, Caroline Juillerat, Marina Schneeberger, Barbara Blanc, Céline Barrelet, Diane Skartsounis et Brigitte Leitenberg,

soutenue dans ses travaux par M^{me} Géraldine Boucrot, assistante parlementaire,

fait les propositions suivantes au Grand Conseil :

1. Commentaire de la commission

Les membres de la commission des affaires extérieures (CAF) se sont réunis à trois reprises pour débattre du rapport 22.041. M. Alain Ribaux, conseiller d'État et chef du Département de l'économie, de la sécurité et de la culture (DESC), ainsi qu'un représentant du service juridique (SJEN) ont participé aux séances de la commission.

Le cadre législatif relatif aux marchés publics est complexe et se décline sous quatre formes (législations internationale, nationale, intercantonale et cantonale). L'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) actuellement en vigueur, auquel tous les cantons suisses ont adhéré, date de 1994. Le nouvel AIMP a pour sa part été adopté en 2019 par les exécutifs de l'ensemble des cantons ; il est maintenant soumis pour ratification au Grand Conseil neuchâtelois, à travers le décret décrit dans le rapport 22.041, complété par un projet de loi sur les marchés publics (LCMP).

Ce nouvel AIMP découle de la volonté d'uniformiser les dispositions relatives aux marchés publics dans les différents cantons. Il est plus complet et détaillé que le précédent, régit la matière de manière quasiment exhaustive et harmonise les règles relatives aux marchés publics.

Lors de la présentation du rapport 22.041 à la commission, le Conseil d'État a invité cette dernière à adhérer à ce nouvel AIMP et à adopter le projet de loi cantonal qui prévoit des dispositions simples, respectant le droit concordataire et supérieur et permettant une harmonisation entre les cantons. Pour le Conseil d'État, il y a deux erreurs à ne pas commettre : penser que le droit des marchés publics, qui doit exister pour lui-même, permet de régler globalement les thématiques sous-jacentes, comme l'égalité salariale, la protection des travailleurs et des travailleuses et le développement durable, et penser qu'on améliore le système en le détaillant et en le complétant de règles nouvelles, avec la conséquence certaine de procédures plus fréquentes et plus complexes, donc plus longues. Au détriment des projets de toutes sortes que l'État doit réaliser.

Questions – réponses

Lors du débat, une série de questions ont été posées. Il y a été répondu comme suit :

- jusqu'à présent, aucun canton n'a refusé le nouvel AIMP. Sur les dix cantons qui y ont déjà adhéré, seul le canton de Berne a émis une réserve concernant la double juridiction ;
- il existe trois sortes de critères à respecter dans le cadre des marchés publics : i) les conditions de participation (conditions à respecter impérativement, comme l'égalité salariale, le paiement des impôts, l'affiliation à une convention collective de travail (CCT), etc.) ; ii) les critères d'aptitude de l'entreprise (capacité économique, financière, organisationnelle, etc.) ; iii) les critères d'adjudication liés à l'offre elle-même (obligatoirement le prix et la qualité, évalués selon une certaine pondération). Dans les critères d'adjudication, il est possible d'aller plus loin que dans les conditions de participation et dans les critères d'aptitude concernant le respect du développement durable ;
- le critère essentiel dans l'AIMP actuellement en vigueur est le prix, le but étant de choisir « l'offre la plus avantageuse économiquement ». Avec le nouvel AIMP, le but sera de choisir « l'offre la plus avantageuse » sans se référer en premier lieu à l'économicité, ce qui donne une place plus importante à la qualité de l'offre, même si le prix reste un critère essentiel. Selon le nouvel AIMP, les seuls critères d'adjudication qui doivent obligatoirement être pris en considération sont le prix et la qualité. Si les autres critères d'adjudication (comme le développement durable) peuvent être pris en compte, le droit cantonal ne peut pas les imposer. Il n'existe pas de pondération minimale des critères d'adjudication ;
- les entreprises neuchâteloises devraient être favorisées par ce nouveau droit des marchés publics, car ce dernier les forcera en général à respecter les règles (CCT, conditions salariales, etc.) en fonction de l'emplacement de leur siège et non en fonction du lieu où elles exécuteront le marché. Cela les avantage, car vu que les salaires sont en moyenne plus bas dans le canton de Neuchâtel que dans les autres cantons, elles pourront s'exporter facilement. Cependant, le canton de Neuchâtel – contrairement à d'autres – dispose d'un salaire minimum, ce qui pourrait à l'inverse les pénaliser légèrement ;
- d'après une règle générale du nouvel AIMP, les cantons ne peuvent imposer leur propre salaire minimum à des entreprises dont le siège est situé dans un autre canton qu'à certaines conditions strictes ;
- simplifier l'AIMP sera sans doute perçu positivement à l'étranger ; le nouvel AIMP est aussi compatible avec les nouveaux traités internationaux sur les marchés publics ;
- la réduction des délais minimaux pour accélérer les procédures a seulement lieu dans des conditions particulières. Cela n'est donc pas défavorable pour les petites et moyennes entreprises (PME), qui doivent se coordonner entre elles avant de déposer leur offre sur les marchés publics ;
- les questions relatives aux concours/mandats d'études parallèles seront fixées dans le règlement, en s'inspirant de la Loi fédérale et de l'Ordonnance fédérale relatives aux concours ;
- les concessions et les délégations de tâches publiques seront dorénavant soumises aux marchés publics aux conditions prévues à l'article 9 du nouvel AIMP. L'obligation de passer par les marchés publics rendra le transfert d'une tâche publique à un acteur privé plus difficile. Les commissaires ont toutefois souligné que cette nouvelle dynamique pourrait étendre le nombre de concessions qui seront soumises aux marchés publics au niveau communal ;
- le service a renoncé à établir une liste des concessions et des délégations de tâches publiques concernées par la mise en place du nouvel AIMP : cet exercice est difficile à effectuer, une partie des concessions étant aussi octroyée par les communes. Des

- exemples de tâches qui devront dorénavant être déléguées en passant par les marchés publics ont cependant été donnés en séance ;
- l’AIMP prévoit des exceptions au champ d’application de la législation sur les marchés publics ; l’article 2 de la LCMP en ajoute, en stipulant que la Banque cantonale neuchâteloise (BCN), les caisses de pensions, la Caisse cantonale d’assurance populaire (CCAP) et l’Établissement cantonal d’assurance et de prévention (ECAP) ne seront pas non plus soumis aux marchés publics. L’ECAP et les caisses de pensions ont en effet demandé à ne pas être soumis aux marchés publics lorsqu’ils investissent dans le cadre de leur patrimoine financier, car il faut pouvoir être réactif, dans un marché concurrentiel. Ces entités sont soumises à une concurrence privée, ce qui justifie cette exemption prévue par la loi.

Position des groupes

Pour le groupe socialiste, s’il est en partie vrai qu’il ne faut pas régler tous les problèmes socio-économiques sous-jacents avec le droit des marchés publics, il ne faut pas non plus oublier que les investissements des collectivités publiques sur les marchés publics ont un impact conséquent sur la société et l’économie neuchâteloise, ainsi que sur l’environnement (importance systémique). Cela justifie le fait de les réglementer suffisamment d’un point de vue écologique et social. Le respect du salaire minimum neuchâtelois représente ainsi une question d’importance. La loi cantonale présentée dans le rapport 22.041 n’est pas vraiment satisfaisante, même si cela ne justifie pas un refus d’adhésion à l’AIMP. La véritable question est de savoir quelle marge de manœuvre cet accord laisse au canton : selon le Conseil d’État, il semblerait qu’il n’en ait quasiment aucune ; pourtant, d’autres cantons romands ont légiféré à cet égard, ce qui prouve qu’il leur reste des moyens d’agir. En ce sens, il faut relever que les amendements déposés par le groupe socialiste reprennent en partie les inquiétudes déjà rapportées et discutées dans d’autres cantons et insistent sur l’importance de débattre des questions sociales (telles que l’égalité salariale, la protection des travailleuses et des travailleurs) et environnementales essentielles concernant les marchés publics. Ils assurent aussi une utilisation efficiente et maximale de la marge de manœuvre cantonale, même si celle-ci paraît restreinte.

Le groupe Vert’Libéral-Le Centre (VL-LC) a indiqué qu’il voyait l’AIMP d’un bon œil, car il permet notamment de faciliter les démarches pour les entreprises. Il partage l’idée qu’il faut cependant assurer le respect des dispositions relatives à la protection des travailleuses et des travailleurs, des conditions de travail, de l’égalité salariale entre femmes et hommes ainsi que du droit de l’environnement.

Pour le groupe VertPOP, le respect du salaire minimum neuchâtelois et des CCT par les entreprises soumissionnaires est important. Il a aussi mis l’accent sur la notion de responsabilité environnementale.

Les groupes libéral-radical et UDC ont indiqué être favorables à la ratification de l’AIMP.

2. Entrée en matière (art. 171 OGC)

Projet de décret

À l’unanimité des membres présent-e-s, la commission propose au Grand Conseil d’entrer en matière sur ce projet de décret, tel que proposé par le Conseil d’État.

Projet de loi

À l’unanimité des membres présent-e-s, la commission propose au Grand Conseil d’entrer en matière sur ce projet de loi, puis de le modifier comme suit :

3. Projet de loi et amendements

Projet de loi du Conseil d'État Loi sur les marchés publics (LCMP)	Amendements que la commission propose d'accepter (art. 172 OGC)	Amendements que la commission propose de refuser (art. 172 OGC)
	<p>Amendement de la commission <i>(Initialement déposé par le groupe socialiste)</i></p> <p>Art. 5 (nouveau)</p> <p><i>Note marginale : Respect des conditions de travail</i></p> <p>Art. 5 ¹<i>Le soumissionnaire pressenti apporte la preuve du respect des conventions collectives de travail en fournissant une attestation obtenue auprès des commissions paritaires instituées par lesdites conventions.</i></p> <p>²<i>Aux fins notamment de lutter contre la sous-enchère salariale, les soumissionnaires et leurs sous-traitants fournissant des prestations dans le canton de Neuchâtel sont tenus de respecter les conditions de travail en vigueur dans le canton, en particulier les dispositions sur le salaire minimum neuchâtelois ou celles fixées dans une convention collective de travail déclarée de force obligatoire sur le territoire cantonal, lorsque qu'il n'existe pas d'équivalent au lieu de leur siège ou de leur établissement en Suisse.</i></p> <p>³<i>Le non-respect des conditions de travail constitue un motif d'exclusion du soumissionnaire ou de révocation de l'adjudication.</i></p> <p><i>NB. En cas d'acceptation, cet article s'insère avant l'article 5 du projet de loi du Conseil d'État.</i></p> <p>Accepté par 8 voix contre 5</p>	

Projet de loi du Conseil d'État Loi sur les marchés publics (LCMP)	Amendements que la commission propose d'accepter (art. 172 OGC)	Amendements que la commission propose de refuser (art. 172 OGC)
	<p>Amendement de la commission <i>(Initialement déposé par le groupe socialiste)</i></p> <p>Art. 6 (nouveau)</p> <p><u>Note marginale : Respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes</u></p> <p>Art. 6 ¹<u>Les soumissionnaires doivent respecter l'égalité salariale entre femmes et hommes.</u></p> <p>²<u>Lorsque la valeur du marché dépasse 30'000 francs, l'adjudicateur invite tout soumissionnaire ayant des chances objectives d'obtenir l'adjudication du marché et employant au moins 20 travailleuses/travailleurs, les apprenti-e-s n'étant pas comptabilisé-e-s dans cet effectif, à fournir une analyse vérifiée de l'égalité des salaires effectuée en application des articles 13a et suivants de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes.</u></p> <p><i>NB. En cas d'acceptation, cet article s'insère avant l'article 5 du projet de loi du Conseil d'État, à la suite, en cas d'acceptation par le plénum, de l'article 5 nouveau proposé par la commission.</i></p> <p>Opposé à l'amendement du groupe LR, il l'emporte par 7 voix contre 6</p> <p>Opposé au projet initial du Conseil d'État, il l'emporte par 7 voix contre 6</p>	<p>Amendement du groupe libéral-radical</p> <p>Art. 6 (nouveau)</p> <p><u>Note marginale : Respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes</u></p> <p>Art. 6 ¹<u>Les soumissionnaires doivent respecter l'égalité salariale entre femmes et hommes.</u></p> <p>²<u>Lorsque la valeur du marché dépasse 150'000 francs, l'adjudicateur invite tout soumissionnaire ayant des chances objectives d'obtenir l'adjudication du marché et ayant l'obligation d'effectuer une analyse de salaires selon les articles 13a et suivants de la Loi sur l'égalité (LEg) à fournir le résultat de cette analyse.</u></p> <p><i>NB. En cas d'acceptation, cet article s'insère avant l'article 5 du projet de loi du Conseil d'État, à la suite, en cas d'acceptation par le plénum, de l'article 5 nouveau proposé par la commission.</i></p> <p>Opposé avec l'amendement du groupe socialiste, il est refusé par 7 voix contre 6</p>

Projet de loi du Conseil d'État Loi sur les marchés publics (LCMP)	Amendements que la commission propose d'accepter (art. 172 OGC)	Amendements que la commission propose de refuser (art. 172 OGC)
	<p>Amendement de la commission <i>(Initialement déposé par les groupes socialiste et Vert'Libéral-Le Centre)</i></p> <p>Art. 7 (nouveau)</p> <p><i>Note marginale : Peines conventionnelles</i></p> <p>Art. 7 <i><u>¹Afin d'assurer le respect des dispositions relatives à la protection des travailleuses et des travailleurs, des conditions de travail, de l'égalité salariale entre femmes et hommes ainsi que du droit de l'environnement, l'adjudicateur inclut des peines conventionnelles dans le contrat qu'il conclut avec l'adjudicataire.</u></i></p> <p><i>²Aucune peine conventionnelle ne peut être prévue pour un retard dans les travaux dû à une canicule définie par le règlement du Conseil d'État ou à d'autres événements climatiques extrêmes, empêchant la poursuite des travaux afin de protéger la santé des travailleuses et des travailleurs.</i></p> <p>NB : la loi mentionne simplement le terme « canicule » : les seuils plus précis de canicule seront définis dans le règlement.</p> <p><i>NB. En cas d'acceptation, cet article s'insère avant l'article 5 du projet de loi du Conseil d'État, à la suite, en cas d'acceptation par le plénum, des autres articles nouveaux proposés par la commission.</i></p> <p>Accepté par 8 voix contre 5</p>	

Projet de loi du Conseil d'État Loi sur les marchés publics (LCMP)	Amendements que la commission propose d'accepter (art. 172 OGC)	Amendements que la commission propose de refuser (art. 172 OGC)
<p>Sous-traitance et location de personnel</p> <p>Art. 6 ¹L'entité adjudicatrice peut limiter ou exclure le recours à la sous-traitance ou à la location de personnel dans l'appel d'offres.</p> <p>²Le soumissionnaire doit indiquer dans son offre la part et le type de prestations qu'il entend sous-traiter, les coordonnées complètes de tous ses sous-traitants, ainsi que le recours à la location de personnel.</p> <p>³Les sous-traitants et les sociétés de location de personnel doivent remplir les mêmes conditions de participation que le soumissionnaire. L'appel d'offres peut prévoir des conditions d'aptitudes particulières pour les sous-traitants.</p> <p>³En cas de changement de sous-traitant en cours d'exécution du marché, l'adjudicataire doit en informer l'entité adjudicatrice avant la réalisation des prestations concernées, pour approbation.</p> <p>⁴Le recours à des sous sous-traitants (sous-traitance de 2^{ème} niveau) est interdit, sauf si l'appel d'offres l'autorise. Dans tous les cas, le marché ne peut être sous-traité au-delà d'un deuxième niveau.</p>		<p>Amendement du groupe libéral-radical</p> <p>Article 6, alinéa 1</p> <p>Sous-traitance et location de personnel</p> <p>Art. 6 ¹L'entité adjudicatrice peut limiter (<i>suppression de : ou exclure</i>) le recours à la sous-traitance ou à la location de personnel dans l'appel d'offres.</p> <p>Refusé par 6 voix contre 5 et 2 abstentions</p>

Projet de loi du Conseil d'État Loi sur les marchés publics (LCMP)	Amendements que la commission propose d'accepter (art. 172 OGC)	Amendements que la commission propose de refuser (art. 172 OGC)
	<p>Amendement de la commission <i>(Initialement déposé par le groupe socialiste)</i></p> <p>Art. x (nouveau)</p> <p><i>Note marginale : Travail temporaire</i></p> <p>Art. x <i>¹Pour les marchés de construction, les soumissionnaires doivent justifier dans leur offre qu'ils disposent du nombre d'employées ou employés nécessaires à la réalisation de la prestation, tenant compte des alinéas suivants.</i></p> <p><i>²L'adjudicataire ne peut recourir sur un chantier à un nombre de travailleuses et travailleurs temporaires dépassant les valeurs limites suivantes :</i></p> <p><i>a) de 1 à 3 employées ou employés fixes, maximum 2 travailleuses ou travailleurs temporaires ;</i></p> <p><i>b) de 4 à 6 employées ou employés fixes, maximum 3 travailleuses ou travailleurs temporaires ;</i></p> <p><i>c) de 7 à 11 employées ou employés fixes, maximum 4 travailleuses ou travailleurs temporaires ;</i></p> <p><i>d) de 12 à 20 employées ou employés fixes, maximum 5 travailleuses ou travailleurs temporaires ;</i></p> <p><i>e) dès 21 employées ou employés fixes, maximum 20% de travailleuses ou travailleurs temporaires (arrondis à l'unité supérieure).</i></p> <p><i>³Le Conseil d'Etat prévoit des exceptions pour les situations particulières.</i></p> <p><i>NB. En cas d'acceptation, cet article s'insère après l'article 6 du projet de loi du Conseil d'État.</i></p> <p>Accepté par 7 voix contre 5 et 1 abstention</p>	

4. Commentaires sur l'examen des amendements

Les représentants du Département et du SJEN ont fait part de leur position générale sur les amendements déposés, ce qui a conduit au retrait d'un certain nombre d'entre eux, qui figurent à l'annexe 1 du présent rapport.

Les arguments ayant mené à ces retraits étaient les suivants : tout d'abord, il a été rappelé que le canton de Neuchâtel n'était pas libre de légiférer comme il le désirait dans le cadre du projet de LCMP. En effet, l'AIMP tente de mettre en place un système homogène de marchés publics dans tous les cantons signataires, qui doivent donc se munir de règles comparables ; pour le Conseil d'État, de nombreux amendements posaient problème à cet égard. De plus, selon ce dernier, l'objectif principal de cette loi est d'apporter de la transparence dans les adjudications et d'éviter les ententes entre acteurs en vue de la fixation des prix, non de réguler la politique climatique, le respect de l'égalité hommes/femmes, etc. Cela explique son opposition à plusieurs autres amendements. Finalement, à son sens, trop détailler la loi aurait engendré davantage de recours et généré une prolongation de la durée de traitement des dossiers par l'administration et les tribunaux, risquant à terme de les engorger. Aux yeux du gouvernement, rendre de nombreux contrôles obligatoires dans plusieurs domaines (comme envisagé par plusieurs amendements) n'était pas non plus souhaitable, cela générant une surcharge administrative et freinant les investissements.

S'agissant des amendements maintenus, les points suivants ont été soulevés :

– **Article 5 (nouveau)**

La première version de cet amendement déposée par le groupe socialiste demandait que les soumissionnaires respectent les conditions de travail découlant des normes applicables au lieu de leur siège ou de leur établissement en Suisse et en apportent la preuve. Elle ajoutait que les soumissionnaires fournissant des prestations dans le canton de Neuchâtel étaient tenus de respecter le salaire minimum cantonal. Par ailleurs, le non-respect des conditions de travail constituait un motif d'exclusion du soumissionnaire ou de révocation de l'adjudication. Le Conseil d'État s'y est opposé, rappelant le principe général de l'AIMP selon lequel les règles salariales du lieu de provenance du soumissionnaire – et non du lieu d'exécution – s'appliquent. Après discussion, il s'est avéré que l'AIMP prévoit en effet cette règle générale. Toutefois, une analyse juridique demandée à la commission de la concurrence (COMCO) par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) conclut qu'il est possible d'astreindre les soumissionnaires à respecter les règles du lieu d'exécution, à deux conditions : 1) « *Lorsqu'aucune prescription équivalente ne s'applique au lieu de provenance* » et 2) « *Qu'un intérêt public prépondérant (par exemple, la protection contre le dumping salarial) justifie l'application des prescriptions du lieu d'exécution* ». L'amendement a donc été reformulé pour intégrer ces deux conditions. La nouvelle formulation prévoit d'appliquer les conditions de travail du canton de Neuchâtel aux soumissionnaires et reprend les termes utilisés par la COMCO dans son avis de droit. Le but clairement exprimé par la commission est que les entreprises soumissionnaires respectent le salaire minimum neuchâtelois ainsi que les CCT garantissant des salaires supérieurs à ce dernier, à moins que les conditions salariales obligatoires du canton-siège (CCT ou salaire minimum) ne soient supérieures. La commission l'a majoritairement accepté, estimant en effet que le salaire minimum avait justement été instauré dans le canton dans l'intérêt public prépondérant de la lutte contre la pauvreté, intérêt public d'ailleurs confirmé par le Tribunal fédéral (ATF 143 I 403).

– **Article 6 (nouveau)**

L'amendement initialement déposé par le groupe socialiste à l'article 6 (nouveau) a pour objectif principal de souligner l'importance de la prise en compte de l'égalité salariale entre hommes et femmes dans le projet de loi. Il reprend une disposition similaire de la nouvelle loi jurassienne sur les marchés publics, actuellement également en traitement au Grand

Conseil. Le groupe socialiste estime que le respect de l'égalité salariale, inscrite dans la Constitution fédérale depuis plus de vingt-trois ans, ne devrait aujourd'hui même plus avoir besoin d'être thématiqué. Il est pourtant patent que cette égalité n'est toujours pas atteinte à ce jour. Exiger des entreprises effectuant des travaux publics le respect de cette égalité est un minimum.

Le Conseil d'État s'est opposé à cet amendement, la limite de la valeur du marché citée à l'alinéa 2 – 30'000 francs – lui paraissant trop basse, car elle contraindrait presque tous les marchés publics du canton et alourdirait les processus bureaucratiques. Il a ajouté que cet amendement était plus sévère que la Loi fédérale sur l'égalité (LEg), qui stipule qu'une analyse vérifiée de l'égalité salariale n'est nécessaire qu'à partir de 100 employé-e-s (et non à partir de 20).

Le groupe libéral-radical (LR) a déposé son propre amendement à cet article de loi. Insatisfait de la limite de 30'000 francs concernant la valeur du marché définie à l'alinéa 2, il a proposé de l'augmenter à 150'000 francs ; opposé à ce que l'analyse vérifiée de l'égalité des salaires soit nécessaire à partir de 20 travailleurs/travailleuses, il s'est référé au seuil défini par la LEg. Le groupe socialiste a souligné que la variante proposée par le groupe LR avait très peu de portée : en effet, elle ne force aucune entreprise à effectuer une analyse, mais demande seulement à celles ayant cette obligation d'en fournir le résultat. Lors du vote, l'amendement proposé par le groupe socialiste l'a emporté, mais à une courte majorité. Le Conseil d'État s'est opposé aux deux amendements.

– **Article 7 (nouveau)**

L'amendement à l'article 7 (nouveau), initialement déposé par le groupe socialiste, a été partiellement reformulé en séance par le groupe Vert'Libéral-Le Centre. Son premier alinéa prévoit que « *l'adjudicateur inclut des peines conventionnelles dans le contrat qu'il conclut avec l'adjudicataire* », afin d'assurer que de telles peines soient bien prévues dans tous les contrats. L'alinéa 2 stipule qu'aucune peine conventionnelle ne peut être prévue pour un retard dans les travaux dû à une canicule ou à d'autres événements climatiques extrêmes, afin de protéger la santé des travailleuses et des travailleurs. La commission a en effet estimé que les entreprises ne devaient pas être mises sous pression par l'État lors d'événements naturels préjudiciables à la santé des travailleurs et des travailleuses ; elles doivent être libres de suspendre les travaux dans l'intérêt du personnel et sans crainte de représailles.

Il a été relevé que l'amendement ne définissait pas bien la notion de canicule : après débat, il s'est avéré que ce terme pouvait cependant être clarifié assez facilement, des degrés de canicule facilement exploitables ayant été déterminés par l'Office fédéral de météorologie et de climatologie. Il a finalement été décidé que si la loi mentionnait simplement le terme « canicule », des seuils plus précis de canicule seraient définis par le règlement du Conseil d'État.

Le conseiller d'État a relevé que la santé des travailleurs et des travailleuses était déjà réglée par la Loi fédérale sur le travail (LTr) et le droit des obligations. Des commissaires du groupe LR ont ajouté qu'il était désagréable – pour le soumissionnaire – que des peines conventionnelles soient fixées dans une relation contractuelle. La majorité de la commission a finalement voté en faveur de l'amendement.

– **Article 6, alinéa 1 et article x (nouveau)**

Dans un document daté du 23 mars 2023 (cf. annexe 2), l'Association des employeurs du domaine de l'emploi temporaire Swisstaffing a relevé une « *possibilité de limiter ou d'exclure le recours à la location de personnel* » à l'article 6 du projet de LCMP. Elle a proposé un amendement à cette disposition – dans un premier temps repris par M. Brodard –, afin que l'entité adjudicatrice ne puisse pas limiter ou exclure le recours à la location de personnel dans l'appel d'offres. Il a été répondu que le projet de loi du Conseil d'État ne visait pas à interdire la location de personnel dans l'appel d'offres, mais qu'il donnait simplement cette possibilité aux adjudicateurs. L'amendement proposé semblait incompatible avec l'AIMP, car il voulait « *interdire d'interdire* » à l'adjudicateur. Il semblait

également introduire une inégalité de traitement entre le recours à la sous-traitance (pouvant être limité/exclu dans l'appel d'offres) et le recours à la location de personnel (ne pouvant pas être limité/exclu dans l'appel d'offres).

En lien avec cet amendement, les commissaires ont débattu de l'amendement initialement déposé par le groupe socialiste à l'article x concernant le travail temporaire, qui est inspiré d'une disposition similaire de l'actuel droit genevois des marchés publics. Au contraire de l'autre, il proposait que l'adjudicataire ne puisse recourir sur un chantier qu'à un nombre limité de travailleuses et de travailleurs temporaires, en fonction du nombre de travailleuses et de travailleurs fixes. Ses défenseurs ont argué que s'il était parfois nécessaire de recourir au travail temporaire, il fallait limiter son abus par les entreprises, notamment dans le domaine de la construction. Il a été relevé qu'aucun canton n'avait proposé ce genre de disposition dans le cadre des débats relatifs au nouvel AIMP, insérer de nouvelles clauses contraignantes à cet égard paraissant incompatible avec le nouvel AIMP.

Afin d'évaluer avec certitude si ces deux amendements étaient compatibles ou non avec le nouvel AIMP, la commission les a soumis pour avis à l'AiMp, dont le retour figure à l'annexe 3 du présent rapport. En résumé, l'AiMp confirme leur conformité à l'AIMP, mais les débats se sont poursuivis et il demeure un doute quant au sens de la réponse donnée par l'AiMp.

Suite au retour de l'AiMp et aux discussions intervenues, M. Brodard, pour le groupe libéral-radical, a reformulé l'amendement à l'article 6 : il prévoit maintenant simplement que l'entité adjudicatrice peut limiter (mais non exclure) le recours à la sous-traitance ou à la location de personnel dans l'appel d'offres. La majorité de la commission l'a refusé.

Le groupe socialiste a quant à lui maintenu l'amendement proposé concernant le travail temporaire, l'estimant conforme à l'AIMP, car il poursuit l'intérêt public prépondérant de favoriser les emplois à durée indéterminée et de limiter la potentielle précarisation induite par une surutilisation du travail temporaire. Le conseiller d'État s'y est pour sa part opposé, de même que le groupe libéral-radical, estimant qu'il est trop limitatif et qu'il renvoie à une obligation envers l'adjudicataire. La commission l'a majoritairement accepté.

5. Vote final

Projet de décret

À l'unanimité, la commission propose au Grand Conseil d'accepter ce projet de décret tel qu'il est présenté par le Conseil d'État.

Projet de loi

Par 10 voix et 3 abstentions, la commission propose au Grand Conseil d'accepter ce projet de loi amendé selon ses propositions.

6. Préavis sur le traitement du projet (art. 272ss OGC)

Sans opposition, la commission propose au bureau du Grand Conseil que le projet soit traité par le Grand Conseil en débat libre.

Le 22 août 2023, la commission a adopté le présent rapport par voie électronique.

7. Recommandation déposée (cf. annexe 4)

À l'unanimité, la commission propose au Grand Conseil d'accepter la recommandation 23.220, du 22 août 2023, Système de contrôle.

Le Conseil d'État ne s'oppose pas à cette recommandation.

8. Postulat déposé (cf. annexe 5)

Par 8 voix contre 5, la commission propose au Grand Conseil d'accepter le postulat 23.221, du 22 août 2023, Prendre en compte le développement durable pour l'adjudication des marchés publics.

Le Conseil d'État ne s'y oppose pas.

Neuchâtel, le 22 août 2023

Au nom de la commission
des affaires extérieures :

La présidente,
S. STUDER

La rapporteure,
A. CHOUITER DJEBAILI

Amendements retirés par les groupes les ayant déposés au cours des travaux de commission

Un amendement du groupe VertPOP à l'article 5 (nouveau) prévoyait que « *l'entreprise qui soumissionne doit être signataire d'une convention collective de travail ou respecter en tous points la convention collective de travail de la branche si elle existe* ». Il a été retiré au profit de l'amendement de la commission à l'article 5 (nouveau) portant sur le respect des conditions de travail.

Un amendement du groupe VertPOP à l'article x (nouveau) proposant que le salaire minimum neuchâtelois soit respecté par les entreprises soumissionnaires a été retiré, car il a été intégré à l'amendement de la commission à l'article 5 (nouveau) portant sur le respect des conditions de travail.

Concernant les marchés non soumis aux accords internationaux, **un amendement du groupe socialiste à l'article 5, alinéa 2**, proposait d'ajouter des critères d'adjudication en plus de la formation professionnelle (formation professionnelle initiale, place de travail des travailleuses et travailleurs âgé-e-s ou en réinsertion, égalité salariale et protection des travailleuses et des travailleurs) et d'obliger l'entité adjudicatrice à les prendre en compte (au lieu de l'encourager à les prendre en compte). Il était cependant juridiquement incompatible avec l'AIMP, qui prévoit qu'un canton ne peut pas ajouter de critères d'adjudication dans sa loi cantonale. En effet, selon l'AiMp, seule la mise en place des dispositions d'exécution est du ressort des cantons. Ces dispositions d'exécution « *sont des normes de nature organisationnelle, exécutoire ou concrétisante* ». Les cantons ont l'« *interdiction d'intégrer dans leur législation des critères d'adjudication supplémentaires, généraux et abstraits, par le biais d'une loi d'exécution* ». Cet amendement a donc été retiré.

Un amendement du groupe socialiste à l'article 6, alinéa 3, proposait que la liste des sous-traitants et sociétés de location de personnes soit remise avant l'adjudication à l'entité adjudicatrice. Cet élément étant déjà précisé dans le règlement d'application neuchâtelois, il a été retiré.

Un amendement du groupe socialiste à l'article 6, alinéa 4, proposait d'ajouter qu'en cas de changement de sous-traitant en cours d'exécution du marché, le nouveau sous-traitant doit disposer des mêmes compétences et qualifications que le précédent, répondre aux conditions de l'appel d'offres et être annoncé par écrit à l'entité adjudicatrice pour contrôle et approbation. Ce contrôle/cette approbation aurait cependant demandé un immense travail à l'entité adjudicatrice. De plus, l'AIMP et la LCMP stipulent que les sous-traitants doivent remplir les mêmes conditions de participation que le soumissionnaire. L'amendement a donc été retiré.

Pour les marchés de construction, **un amendement du groupe socialiste à l'article 7 (nouveau)** prévoyait que l'adjudicateur indique dans l'appel d'offres l'obligation pour l'adjudicataire du marché et ses sous-traitants de s'équiper d'un système de contrôle (par carte professionnelle ou avec un moyen de preuve équivalent). Le Conseil d'État a indiqué que cet élément devrait plutôt figurer dans un règlement, ce système de contrôle n'existant pas encore dans le canton. L'article 11, alinéa 2, lettre c, LCMP lui donne la possibilité de légiférer sur cette question. Après débat, cet amendement a été retiré au profit d'une **recommandation** (cf. chapitre 7).

Un amendement du groupe VertPOP à l'article 7a (nouveau) proposait que « *l'entité adjudicatrice prévoit des critères d'adjudication relevant de la responsabilité environnementale avec une pondération minimale de 20%* ». Il était cependant impossible d'imposer un critère d'adjudication obligatoire portant sur la responsabilité environnementale, l'AIMP stipulant que seuls deux critères d'adjudication sont obligatoires (le prix et la qualité). Pondérer des critères d'adjudication à 20% était également impossible, étant donné que même les critères obligatoires définis dans l'AIMP ne peuvent avoir de pondération minimale. L'amendement a donc été retiré.

Un amendement du groupe socialiste à l'article 9 proposait qu'avant l'adjudication du marché ou pendant son exécution, le pouvoir adjudicateur consulte obligatoirement (et non facultativement) les services concernés de l'administration cantonale ou les organes paritaires des CCT applicables concernant le respect des conditions citées dans l'article. Le Conseil d'État s'y est opposé, car cette obligation de contrôle aurait créé une surcharge de travail pour les services de l'administration cantonale. Il a été retiré, suite aux garanties du Conseil d'État, qui a souligné que s'il avait des doutes, le pouvoir adjudicateur procéderait de toute manière à une consultation des services concernés.

Un amendement du groupe socialiste à l'article 9 (nouveau) portant sur le développement durable proposait que le canton mette à disposition un outil de calcul du bilan carbone permettant de différencier les offres en fonction de leur impact climatique. Le conseiller d'État a répondu que cet outil de calcul n'existait pas encore, raison pour laquelle il était prématuré de l'inscrire dans la loi. Cet amendement a été retiré au profit d'un **postulat** (cf. chapitre 8).



Lausanne, le 23 mars 2023

Révision de la législation cantonale sur les marchés publics (LCMP-NE)

Madame la Députée, Monsieur le Député,

Au sein de la commission des affaires extérieures, vous allez vous pencher le 28 mars 2023 sur la nouvelle loi cantonale sur les marchés publics ([lien](#)), qui vous a été transmise début janvier 2023 par le Gouvernement neuchâtelois. Le projet de loi a pour but l'adhésion du canton de Neuchâtel à l'Accord intercantonal sur les marchés publics révisé (AIMP 2019) et l'intégration des dispositions de l'AIMP dans le droit cantonal.

Une disposition concernant le travail temporaire a été ajoutée dans le projet de loi qui vous est soumis - à la demande du syndicat Unia, et sans que la proposition ne soit soumise à consultation auprès des milieux directement concernés. L'article 6 du projet de loi donne à l'entité adjudicatrice la possibilité de limiter ou d'exclure le recours à la location de personnel dans l'appel d'offres. En tant qu'association faîtière des prestataires de services de l'emploi suisses, **swissstaffing s'oppose vigoureusement à cette disposition.**

Le commentaire du Gouvernement neuchâtelois en lien avec l'art 6 insinue à tort que la sous-traitance et la location des services sont équivalentes en écrivant à la page 12 : « *Or, dans les marchés publics, il est important de s'assurer que les sous-traitants ainsi que les sociétés de location de services soient non seulement connus de l'adjudicateur, mais également qu'ils respectent les mêmes conditions de participation (notamment relatives au respect des conditions de travail) que les soumissionnaires.* »

La location de services (ou travail temporaire) est en réalité une activité très réglementée qui assure un équilibre entre flexibilité et protection sociale. L'ensemble du travail temporaire est régi par la Loi sur les services de l'emploi (LSE) et, depuis le 1er janvier 2012, par la Convention collective de travail Location de services (CCTL), qui a été déclarée de force obligatoire. L'exercice de la location de services est soumis à autorisation et est contrôlé par l'Etat. De plus, les bailleurs de services doivent déposer une caution pour garantir d'éventuelles prétentions salariales des travailleurs. La location de services en Suisse depuis l'étranger est interdite par la loi. À cela s'ajoute le fait que la CCT Location de services instaure, pour les travailleurs temporaires, une protection au moins équivalente à ce qui prévaut dans d'autres CCT de branches. En sus de cette CCT Location de services, l'art. 20 LSE prévoit que lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail étendue, le bailleur de services doit appliquer obligatoirement au travailleur les dispositions de la convention qui concernent le salaire et la durée du travail. Finalement, les prescriptions fédérales réglant la sécurité au travail et la protection de la santé sont applicables aux temporaires de la même manière qu'aux employés « fixes » des entreprises locatrices de services.

Une limitation ou une exclusion du recours au travail temporaire va aussi à l'encontre de la liberté économique. De plus, le travail temporaire est un soutien important pour les petites et moyennes entreprises qui ambitionnent de postuler dans le cadre de commandes publiques. Elles peuvent ainsi mieux réagir aux fluctuations des commandes et adapter leurs effectifs en conséquence. En limitant le recours au travail temporaire, le risque existe que des entreprises se tournent vers des formes de travail flexible bénéficiant d'une protection sociale moindre et de contrôles limités, comme le travail au noir ou le détachement de l'étranger.

Nous vous demandons ainsi de rejeter la modification proposée sur ce point par le Conseil d'Etat et de renoncer à limiter le recours à la location de personnel.

Notre proposition concrète est la suivante :

Art. 6

1 L'entité adjudicatrice peut limiter ou exclure le recours à la sous-traitance ~~ou à la location de personnel~~ dans l'appel d'offres.

2 Le soumissionnaire doit indiquer dans son offre la part et le type de prestations qu'il entend sous-traiter, les coordonnées complètes de tous ses sous-traitants, ~~ainsi que le recours à la location de personnel.~~

3 Les sous-traitants ~~et les sociétés de location de personnel~~ doivent remplir les mêmes conditions de participation que le soumissionnaire. L'appel d'offres peut prévoir des conditions d'aptitudes particulières pour les sous-traitants.

3 En cas de changement de sous-traitant en cours d'exécution du marché, l'adjudicataire doit en informer l'entité adjudicatrice avant la réalisation des prestations concernées, pour approbation.

4 Le recours à des sous-sous-traitants (sous-traitance de 2ème niveau) est interdit, sauf si l'appel d'offres l'autorise. Dans tous les cas, le marché ne peut être sous-traité au-delà d'un deuxième niveau.

En tant qu'association faîtière des prestataires de services de l'emploi suisses, [swisstaffing](#) représente les intérêts de la branche et met tout en œuvre pour donner au travail temporaire l'image qu'il mérite.

Afin de pouvoir vous exposer en détail le bien-fondé de notre position et les possibilités offertes par le recours au travail temporaire, nous requérons formellement une audition par votre commission.

Nous restons également volontiers à votre disposition pour vous donner de plus amples informations sur notre branche.

Veuillez recevoir, Madame la Députée, Monsieur le Député, nos salutations distinguées.

M. Fischer-Rosinger

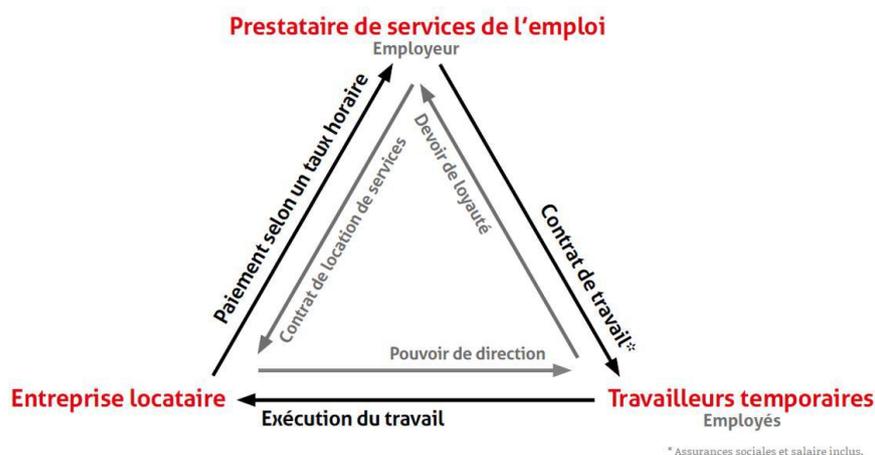
Myra Fischer-Rosinger
Directrice



Boris Eicher
Resp. service juridique

À propos du travail temporaire

Le terme « travail temporaire » décrit une relation triangulaire entre une agence de travail temporaire, une entreprise locataire et un employé temporaire. Le travailleur conclut un contrat de travail avec l'entreprise de travail temporaire (art. 19 LSE). L'agence de travail temporaire délègue le pouvoir de donner des instructions à l'entreprise locataire, mais reste l'employeur légal de ce dernier. La Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE), l'Ordonnance sur le service de l'emploi (OSE), et la convention collective de travail Location de services (CCT LS) étendue, constituent la base juridique.



Chaque année, les entreprises suisses de travail temporaire fournissent quelque 200 millions d'heures de travail pour une masse salariale de plus de 7 milliards de francs. Les plus de 400'000 travailleurs temporaires apportent une contribution importante à la création de valeur et garantissent le maintien de la compétitivité du pays par leur flexibilité. swisstaffing a conclu avec les organisations des travailleurs une CCT dont les conditions salariales et de travail progressistes ont fait l'objet d'une décision d'extension.

À propos de swisstaffing

swisstaffing est le centre de compétence des prestataires des services de l'emploi suisses. En tant qu'association des employeurs, swisstaffing défend les exigences de ses 400 membres face au monde politique, économique et à la société. swisstaffing est partenaire social de la convention collective de travail (CCT) Location de service, la CCT la plus importante de Suisse en nombre de travailleurs.

Berne, le 26 juin 2023

Demande d'avis concernant deux propositions d'amendements discutés dans le cadre du traitement du rapport 22.041 sur les marchés publics par la commission des affaires extérieures du canton de Neuchâtel

Madame la présidente,
Monsieur le vice-président,
Mesdames, Messieurs,

Vous vous êtes adressés en date du 1^{er} juin 2023 à l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) pour solliciter son avis au sujet de la compatibilité de deux amendements déposés en lien avec l'article 6 du projet de loi sur les marchés publics. L'AiMp répond volontiers à vos questions de la manière suivante :

À teneur de l'AIMP 2019, l'article 63, alinéa 4, permet aux cantons d'édicter, dans le respect des engagements internationaux de la Suisse, des dispositions d'exécution, en particulier pour les articles 10, 12 et 26 AIMP 2019. Le message-type relatif à la révision de l'AIMP relève à cet égard que les cantons ont la possibilité d'édicter des dispositions d'exécution supplémentaires, en sus des dispositions figurant dans la loi d'adhésion type. Les cantons disposent donc d'une certaine marge de manœuvre, leurs dispositions d'exécution pouvant être des normes de nature organisationnelle, exécutoire ou concrétisante. Dans ce cadre rappelé ci-dessus, les cantons ont en conséquence la faculté de compléter le dispositif mis en place dans l'AIMP 2019.

L'amendement 1 que vous nous avez soumis traite exclusivement de la question de la sous-traitance. Selon notre compréhension de ce texte, ce nouvel article se limite à rappeler à l'entité adjudicatrice qu'elle a la faculté de limiter ou d'exclure le recours à la sous-traitance dans l'appel d'offre. Dès lors, la lecture que vous faites de cet amendement 1, à savoir que ce dernier « *semble interdire à l'adjudicateur de limiter ou d'exclure dans son appel d'offre le recours à la location de personnel* » ne nous paraît pas correcte. Cela étant, si cet amendement crée certes aux deuxième et troisième alinéas, pour les soumissionnaires ainsi que pour les sous-traitants des obligations, force est de constater que celles-ci précisent et complètent les articles 12, 26 et 27 AIMP 2019, ce qui est autorisé par l'article 63, alinéa 4 AIMP.

L'amendement 2 traite lui uniquement de la question du travail temporaire pour les marchés de construction. Cet amendement régit l'utilisation de travailleurs temporaires en relation avec l'aptitude du soumissionnaire. À nouveau, si cet amendement peut à première vue être compris comme imposant une nouvelle obligation, tel n'est pas le cas. Une telle disposition permet à l'adjudicateur de vérifier si, pour un marché de construction, le soumissionnaire a effectivement la capacité de réaliser la prestation, et ce par rapport à ses propres ressources humaines internes. L'adjudicateur peut ainsi s'assurer que la plupart des ouvriers actifs sur un chantier soient bien des employés de l'entreprise soumissionnaire, dans la mesure où cette dernière est sélectionnée pour ses compétences. Partant, ce deuxième amendement concrétise l'article 27 AIMP 2019, voire même le renforce.

L'amendement 2 doit en conséquence être considéré comme admissible sur la base de l'article 63, alinéa 4 AIMP.

Meilleures salutations,

**Conférence suisse des directeurs cantonaux
des travaux publics, de l'aménagement du
territoire et de l'environnement DTAP**

Le président



Stephan Attiger

Die Generalsekretärin



Mirjam Bütler

22 août 2023

23.220
ad 22.041

Recommandation de la commission des affaires extérieures

Système de contrôle

La commission demande au Conseil d'État d'adopter une réglementation d'application de la loi sur les marchés publics (LCMP) qui prévoit notamment que, dans les marchés publics de construction, l'adjudicateur indique dans l'appel d'offres l'obligation pour l'adjudicataire du marché et ses sous-traitants de s'équiper d'un système de contrôle par carte professionnelle émanant d'organes paritaires, ou d'un moyen de preuve équivalent à celui d'un tel système, permettant de contrôler le personnel d'exploitation travaillant sur les chantiers.

Première signataire : Sloane Studer, présidente de la commission des affaires extérieures

22 août 2023

23.221
ad 22.041

Postulat de la commission des affaires extérieures

Prendre en compte le développement durable pour l'adjudication des marchés publics

La commission des affaires extérieures demande au Conseil d'État d'étudier l'opportunité de développer ou de mettre à disposition, éventuellement en collaboration avec d'autres cantons, un outil de calcul du bilan carbone permettant d'analyser les offres de marchés publics en fonction de leur impact climatique.

Développement

Ce postulat traduit l'esprit d'un amendement (retiré) du groupe socialiste visant à intégrer la notion de développement durable (et d'éventuels modes de caractérisation ou d'exigences) tout en évitant l'écueil de faire référence à des solutions en développement ou pas encore existantes. Ce postulat vise en outre à évaluer la maturité ou l'applicabilité de ce genre d'outils pour les marchés publics, par exemple comme il est prévu de le faire dans le canton du Valais.

Première signataire : Sloane Studer, présidente de la commission des affaires extérieures