

B 2.3 **4. *Projet de loi sur les marchés publics du Canton de Neuchâtel du 6 mai 1998***

Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 Abs. 2 KG.

Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 LCart.

Disegni di atti normativi; art. 46 cpv. 2 LCart.

Recommandations de la Commission de la concurrence du 6 juillet 1998 concernant le projet de loi sur les marchés publics du Canton de Neuchâtel du 6 mai 1998

1 *Remarques préalables*

1. Le 16 juin 1998, le Chef du Département de la gestion du territoire du canton de Neuchâtel a mis en consultation un projet de loi cantonale sur les marchés publics du canton de Neuchâtel du 6 mai 1998. Un délai a été fixé pour la procédure de consultation au 10 juillet 1998.

2. Le droit suisse des marchés publics est depuis plusieurs années en pleine mutation. Les changements sont provoqués d'un côté par le droit international, en particulier par l'accord du GATT/OMC sur les marchés publics. D'un autre côté, sur le plan interne, les réformes

sont occasionnées par la loi fédérale sur le marché intérieur suisse du 6 octobre 1995 (ci-après LMI). Par ailleurs, l'Accord intercantonal sur les marchés publics de 1994, auquel le Canton de Neuchâtel a adhéré, est en procédure de révision.

3. Les présentes recommandations sont élaborées sur la base de l'article 8 alinéa 2 LMI qui confère à la Commission de la concurrence la faculté d'adresser à la Confédération, aux cantons et aux communes des recommandations concernant des actes législatifs envisagés ou existants. Elles ne traitent par conséquent du projet de révision que sous l'angle de la LMI. Deux remarques doivent toutefois être faites à cet égard:

- la question des conditions de travail doit être vue dans une perspective globale qui dépasse le cadre du marché suisse. C'est pourquoi, la Commission de la concurrence n'abordera pas uniquement cette question sous l'angle de la LMI, mais aussi sous l'angle du droit du GATT/OMC.
- Pour le reste, le projet de loi n'est pas analysé en ce qui concerne sa compatibilité avec les engagements internationaux qui résultent pour le Canton de Neuchâtel de l'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics. La Commission de la concurrence tient simplement à relever que la formulation de l'article 3 alinéa 1 du projet (qui prévoit que „ *pour autant qu'ils aient un domicile, un siège ou un établissement en Suisse, les soumissionnaires doivent être traités de manière égale à toutes les étapes de la procédure* ”), est, à première vue, incompatible avec le principe de non discrimination en droit du GATT/OMC.

2 Les exigences essentielles de la LMI en matière de marchés publics

4. La LMI vise à promouvoir, entre autres, le libre accès aux marchés publics des cantons et des communes à l'intérieur de la Suisse sur une base transparente et non-discriminatoire. Elle ne contient pas de dispositions détaillées en matière de marchés publics qui traiteraient par exemple des procédures ou des critères d'adjudication. Elle énonce simplement, sous forme de principe, des standards minimaux obligatoires. Il s'agit en particulier:

- du principe de libre accès au marché (art. 2 LMI);
- du principe de non-discrimination (art. 5 al. 1 LMI en relation avec art. 3 LMI);
- du principe de transparence (publication des critères de participation et d'attribution du marché, art. 5 al. 2 LMI);
- de la règle qui prévoit que les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours (art. 9 al. 1 LMI);

- de la règle selon laquelle le droit cantonal prévoit au moins une voie de recours devant une instance cantonale indépendante de l'administration (art. 9 al. 2 LMI).

5. La liberté d'accès au marché ne peut être limitée que si les restrictions 1) s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux, 2) sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et 3) répondent au principe de proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI). De plus, elles ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 4 LMI).

3 *Evaluation générale du projet*

6. La Commission de la concurrence tient à saluer les efforts entrepris par le Canton de Neuchâtel pour adopter une législation cantonale qui soit conforme avec les exigences du droit du GATT/OMC et de la LMI tout en étant en harmonie avec le Concordat intercantonal sur les marchés publics.

7. Cette nouvelle législation cantonale devrait contribuer à une meilleure concurrence et à une meilleure allocation des ressources dans le cadre des marchés publics. La protection juridictionnelle des particuliers est renforcée par les dispositions du projet qui prévoient le recours à une instance judiciaire cantonale et qui détaillent les décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours.

4 *Le champ d'application de la loi (art. 2 du projet)*

8. L'article 2 du projet définit les marchés qui entrent dans le champ d'application de la loi. Le deuxième alinéa prévoit que „ *le Conseil d'Etat peut exclure du champ d'application de la présente loi, pour des raisons pertinentes d'intérêt public, certains des établissements, institutions, organismes ou entreprises visés aux lettres b, c, et d de l'alinéa précédent.* ” Le rapport explicatif ne contient pas d'explications à cet égard.

9. L'exclusion, par le Conseil d'Etat, de certaines entités adjudicatrices du champ d'application de la loi cantonale sur les marchés publics est problématique sous l'angle de la LMI. En effet, tous les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches d'intérêt public tombent dans le champ d'application de la LMI. Cela signifie que, sans exception, les marchés publics de grande importance doivent être publiés (art. 5 al. 2 LMI), les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent être conformes à la LMI (art. 5 et 3 LMI) et qu'elles doivent pouvoir faire l'objet d'un recours (art. 9 LMI).

10. En revanche, il est possible, lorsque l'intérêt public ou les circonstances particulières d'un marché public l'exigent, d'attribuer un marché public selon la procédure de gré à gré, sans appel d'offres

préalable. Ces cas sont énumérés de manière limitative à l'article 8 alinéa 2 du projet.

Recommandation : la Commission de la concurrence recommande de biffer l'article 2 alinéa 2 du projet.

5 Les clauses de réciprocité (rapport explicatif et article 39 al. 2 et 3 du projet)

11. L'idée de la réciprocité apparaît dans le rapport explicatif et dans le projet. Le rapport explicatif relatif à l'article 2 (champ d'application) prévoit que „ *le champ d'application s'étend aux pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 8 AIMP. Il s'agit en premier lieu des pouvoirs adjudicateurs classiques définis par l'accord OMC...En deuxième lieu, l'AIMP vise les communes, associations de communes (syndicats intercommunaux) et autres collectivités de droit public, mais uniquement dans leurs rapports avec les cantons et les Etats signataires de l'Accord GATT qui leur accordent la réciprocité.* "

12. L'article 39 alinéas 2 et 3 du projet relatif aux voies de recours prévoit que „ *2. dans les marchés non soumis à l'Accord intercantonal sur les marchés publics, le recours n'est ouvert aux soumissionnaires qui n'ont pas leur domicile, leur siège ou leur établissement dans le canton qu'en cas de réciprocité. 3. En l'absence de réciprocité, seules les restrictions à la liberté d'accès au marché, au sens de l'article 9 de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), du 6 octobre 1995, peuvent faire l'objet d'un recours.* "

13. La réserve de réciprocité est possible pour les Etats parties à l'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics. Elle est toutefois étrangère au marché intérieur voulu par la LMI. Il existe bien des clauses de réciprocité dans la LMI mais ces dernières ne visent que le cas où des offreurs étrangers disposent, en vertu d'un accord international avec un Etat limitrophe ou d'un accord intercantonal, d'un accès au marché facilité. Selon l'article 6 alinéa 2 LMI, „ *lorsque, en vertu d'accords internationaux conclus par un ou plusieurs cantons avec un Etat limitrophe, des personnes étrangères bénéficient, en ce qui concerne l'accès au marché, d'un meilleur traitement que les offreurs ayant leur siège ou leur établissement dans un canton qui n'est pas partie à ces accords, ceux-ci ont droit au même traitement pour autant que le canton où ils ont leur siège ou leur établissement accorde la réciprocité* ". Selon l'article 6 alinéa 3 LMI, „ *l'Le 2° alinéa s'applique par analogie aux accords intercantonaux.* "

14. *A l'intérieur du marché intérieur suisse, les clauses de réciprocité sont devenues sans effet suite à l'entrée en vigueur de la LMI. Les offreurs ayant leur siège ou leur domicile en Suisse disposent d'un accès libre et non discriminatoire au marché sur tout le territoire de la Suisse.*

15. *La Commission de la concurrence recommande par conséquent de supprimer les clauses de réciprocité prévues dans le rapport explicatif (p. 3) et dans le projet (art. 39 al. 2 et 3).*

Recommandation : la Commission de la concurrence recommande de supprimer les clauses de réciprocité prévues dans le rapport explicatif (p. 3) et dans le projet (art. 39 al. 2 et 3).

6 *Les procédures applicables*

6.1 *Choix entre la procédure ouverte et la procédure sélective*

16. Selon l'article 8 alinéa 1 du projet, „ *les procédures ouverte ou sélective sont les procédures prévues par l'Accord OMC et l'AIMP pour l'adjudication des marchés publics. Le pouvoir adjudicateur est libre de choisir l'une ou l'autre de ces procédures.* ”

17. De toutes les procédures prévues, la procédure ouverte est, sous l'angle du droit de la concurrence, celle qui doit être privilégiée. En effet, en procédure ouverte, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour lequel chaque soumissionnaire peut présenter une offre. Dans le cadre de la procédure sélective, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu et tous les intéressés peuvent présenter une demande de participation. La Commission de la concurrence est certes consciente que l'exécution de certains marchés publics nécessite une sélection préalable des soumissionnaires. Les procédures doivent, malgré tout, rester ouvertes et les restrictions à l'accès au marché ne doivent être introduites que si elles sont nécessaires.

18. La procédure sélective ne devrait être utilisée que si les circonstances du cas en question l'exigent vraiment (par exemple, en raison de la complexité du marché public en question). L'utilisation de critères protectionnistes ou l'application arbitraire de la procédure sélective est contraire à la LMI. Ainsi, une application incontrôlée de la procédure sélective pourrait restreindre l'accès au marché sans pour autant être justifiée au sens de l'article 3 LMI. En tous cas, la procédure sélective ne doit pas conduire à une limitation injustifiée de la concurrence.

Recommandation : La Commission de la concurrence recommande l'introduction, dans le projet, du principe de l'application restrictive de la procédure sélective.

6.2 *Limitation du nombre d'offreurs dans le cadre de la procédure sélective*

19. Selon l'article 10 du projet, „ *1. La procédure est sélective lorsque, dans une première phase, à la suite d'un appel d'offres public, tout candidat peut présenter une demande de participation, et que le pouvoir adjudicateur se réserve de choisir, sur la base de critères*

d'aptitude, les candidats qui seront invités, dans une seconde phase, à présenter une offre. 2. L'appel d'offres doit indiquer les critères d'aptitude fixés et, le cas échéant, le nombre maximum de soumissionnaires qui seront invités à présenter une offre. 3. En principe, le nombre d'offres invités à présenter une offre ne doit pas être inférieur à trois. "

20. La limitation du nombre d'offres qui sont aptes à exécuter le mandat conduit à une limitation de la concurrence. C'est pourquoi la disposition correspondante du concordat intercantonal sur les marchés publics dans sa teneur actuelle (art. 12 lettre b) souligne que l'autorité adjudicatrice „ *peut limiter le nombre de candidats invités à présenter une offre s'il n'est pas compatible avec un fonctionnement efficace du mécanisme d'adjudication des marchés. Une concurrence réelle doit cependant être garantie* ". Le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 mars 1998 souligne en termes encore plus clairs le caractère exceptionnel de la limitation du nombre d'offres (§4 al. 1) : „ *Le nombre des soumissionnaires invités à adresser une offre peut être limité lorsque ceci est nécessaire pour la réalisation rationnelle de la procédure d'adjudication et que ceci est expressément mentionné dans l'appel d'offres. Ce nombre ne peut être inférieur à trois, lorsqu'il existe suffisamment de soumissionnaires adéquats. Une concurrence efficace doit cependant être garantie.* "

21. Quatre conditions sont ainsi posées : la limitation du nombre d'offres doit être nécessaire pour la réalisation rationnelle de la procédure d'adjudication ; ceci est expressément mentionné dans l'appel d'offres ; le nombre d'offres invités à adresser une offre ne peut être inférieur à trois lorsqu'il existe suffisamment de soumissionnaires adéquats ; et la concurrence efficace doit être garantie. Lorsque ces conditions sont réalisées, l'autorité adjudicatrice devra tenir compte des critères énoncés à l'article 3 LMI et sélectionner les candidats de manière non-discriminatoire.

22. La Commission de la concurrence recommande que le projet soit complété par les conditions susmentionnées qui font ressortir le caractère exceptionnel de la limitation du nombre d'offres dans le cadre de la procédure sélective. Il convient en outre de préciser, dans le rapport explicatif, que la sélection des offres admis à faire une offre doit être faite selon des critères conformes à l'article 3 LMI.

Recommandation: La Commission de la concurrence recommande que le projet soit complété dans le sens de la révision du concordat intercantonal sur les marchés publics actuellement en cours. Il convient de reprendre les conditions susmentionnées au chiffre 21 ci-dessus qui font ressortir le caractère exceptionnel de la limitation du nombre d'offres dans le cadre de la procédure sélective. Il convient en outre de préciser, dans le rapport explicatif, que la sélection des

offreurs admis à faire une offre doit être faite selon des critères conformes à l'article 3 LMI.

6.3 Les valeurs seuils concernant les procédures

23. Le projet prévoit que „ *le Conseil d'Etat arrête les valeurs seuils déterminantes.* ” (art. 8 al. 4). Dans ce domaine, les cantons et communes sont compétents pour légiférer. Il convient toutefois de souligner que les principes de la LMI valent indépendamment de valeurs seuils. La Commission de la concurrence se réserve par conséquent de revenir ultérieurement sur cette question si le besoin s'en fait sentir.

7 La question du respect des conditions de travail

24. L'article 6 du projet prévoit que, „ *si l'intérêt public l'exige, notamment en cas de menace de dumping social, le Conseil d'Etat peut subordonner l'adjudication des marchés publics de construction, ou de certains d'entre eux, au respect des conditions de travail au lieu où les travaux sont exécutés* ”. Le rapport explicatif (p. 4, ad art. 6) fournit les explications suivantes : „ *Alors que l'AIMP est assez flou à cet égard, en parlant du „ respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail ”, la LMI a clairement assis le principe voulant que le pouvoir adjudicateur devait reconnaître comme équivalentes les conditions de travail en vigueur au lieu de provenance de l'adjudicateur, et ceci sauf exception en cas de véritable dumping social. Par contre, pour les soumissionnaires domiciliés dans un autre Etat, le principe du respect des conditions de travail au lieu d'exécution reste valable et l'adjudicataire ne pourra détacher ses travailleurs en Suisse que sur la base des règles générales en matière de séjour et d'établissement des étrangers.* ”

25. La Commission de la concurrence tient à rappeler la situation juridique en rapport avec cette question. Elle peut être résumée comme suit :

- L'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics laisse le choix aux Etats membres entre le principe du lieu d'exécution et le principe du lieu de provenance. L'interprétation dominante privilégie le principe du respect des conditions de travail au lieu d'exécution.
- La loi fédérale sur les marchés publics (article 8) et son ordonnance d'exécution prescrivent, pour les marchés publics de la Confédération, le respect des conditions de travail au lieu d'exécution ;
- Dans le système de la LMI, pour les marchés publics des cantons et des communes, ce sont les prescriptions de travail en vigueur au lieu de provenance qui sont déterminantes (article 5 LMI en relation avec article 3 alinéa 1 lettre a et article 3 alinéa 3 lettre a LMI). Selon le message à la LMI, seul le risque de dumping social justifie-

rait l'adoption du principe du respect des conditions de travail au lieu d'exécution.⁴

Il existe une contradiction évidente entre ces différents niveaux législatifs.

26. Il ressort des débats parlementaires précédant l'adoption de la LMI, que dans le marché intérieur suisse, l'accès au marché doit avoir lieu en fonction du respect des conditions de travail en vigueur au lieu de provenance.⁵ Cette solution, voulue par le législateur fédéral, correspond à l'idée d'un marché intérieur uniforme dans lequel prévaut le principe de l'égalité des réglementations cantonales et communales de même qu'un système de sécurité sociale largement unifié. La Commission de la concurrence ne peut que maintenir la solution du respect des conditions de travail au lieu de provenance pour les marchés publics qui entrent dans le champ d'application de la LMI.

27. Comme relevé ci-dessus, il existe une contradiction entre les différents niveaux législatifs en vigueur en Suisse. Il importe de trouver la solution la moins contradictoire possible. La Commission de la concurrence a pour objectif principal de veiller au respect de la LMI. D'un autre côté, elle ne peut pas ignorer les engagements internationaux qui résultent pour les cantons de l'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics. En d'autres termes, elle doit se rallier à l'interprétation la plus acceptable possible.

28. Il sied en particulier d'éviter une solution discriminatoire vis-à-vis des offreurs étrangers qui serait contraire au principe de non-discrimination en droit du GATT/OMC. La question doit être vue dans sa globalité. Or, le rapport explicatif, dans sa formulation actuelle, en prévoyant le respect des conditions de travail au lieu de provenance pour les offreurs domiciliés en Suisse et le respect des conditions de travail au lieu d'exécution pour les offreurs étrangers, est discriminatoire à l'égard de ces derniers. Il convient, si l'on veut éviter une telle discrimination, de prévoir, en s'inspirant du projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 mars 1998, que ce sont en principe les prescriptions de travail en vigueur au lieu d'exécution qui sont déterminantes. Il convient ensuite de préciser, pour tenir compte de la LMI que, pour la détermination du lieu d'exécution, toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes.

Recommandation : la Commission de la concurrence propose de remplacer l'article 6 par la formulation suivante : „ Ce sont en principe les prescriptions de travail au lieu d'exécution qui sont détermi-

⁴ Message du Conseil fédéral à l'appui de la LMI, p. 56.

⁵ Amt. Bull. NR 1995 1156, 1178 ; Amt. Bull. StR 1995 931, 934.

nantes. Pour la détermination du lieu d'exécution, toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes. "