

Avril 2016

PRISE DE POSITION QUANT À LA RÉVISION DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

"It's unwise to pay too much, but it's worse to pay too little. When you pay too much, you lose a little money - that is all. When you pay too little, you sometimes lose everything, because the thing you bought was incapable of doing the thing it was bought to do. The common law of business balance prohibits paying a little and getting a lot - it can't be done. If you deal with the lowest bidder, it is well to add something for the risk you run and if you do that, you will have enough to pay for something better."

John Ruskin,

Ecrivain et philosophe social anglais

Contexte

En Suisse, le droit des marchés publics est réglé séparément pour les cantons et la Confédération. En ce qui concerne les cantons, l'Accord intercantonal sur les marchés public (AIMP) est déterminant. Les appels d'offres de la Confédération sont, eux, régis par la loi fédérale sur les marchés publics (LMP). Depuis 1996, l'Accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP-OMC) s'applique par ailleurs de manière générale pour la Suisse.

La refonte de l'accord AMP-OMC en 2012 exige aujourd'hui une adaptation des dispositions nationales pour la Suisse. Dans le cadre de cette révision, la Confédération et les cantons visent une harmonisation aussi large que possible. Suite à la tentative, échouée, d'instaurer pour la Confédération et les cantons une base légale commune, le groupe de travail «Aurora» composé de façon paritaire s'est attaché à la mise au point des projets de révision de la LMP et de l'AIMP. La consultation relative à l'AIMP s'est tenue entre les mois de septembre et décembre 2014. La consultation sur la version révisée de la LMP s'est déroulée du 1^{er} avril au 1^{er} juin 2015.

Unification du droit des marchés publics

A l'occasion de la procédure de consultation, l'USIC a rédigé [des réponses à propos des projets sur l'AIMP et la LMP](#). Elle déposera également un avis concernant

la révision de la LMP. L'USIC appuie par principe l'orientation axée sur une harmonisation du droit des marchés publics, devant offrir davantage de sécurité juridique et de transparence. Sous cet angle s'inscrivent, d'une part au niveau cantonal, en particulier l'intégration de nombreuses dispositions disponibles jusqu'ici uniquement dans le modèle non contraignant des Directives d'exécution de l'AIMP (DEMP), et d'autre part au niveau national, le transfert – dans la loi – d'aspects réglés pour l'heure à l'échelon de l'ordonnance.

En principe, l'USIC demande qu'en Suisse le droit des marchés publics soit entièrement harmonisé. Lors d'acquisitions, la diversité des conditions entrave la sécurité du droit et génère inutilement des surcoûts en termes de transactions et d'économie publique.

L'USIC se félicite que des exigences uniformes soient désormais prévues pour le déroulement de la procédure d'adjudication. A ce titre figurent des exigences minimales quant au contenu des appels d'offres, aux dossiers d'appels d'offres, à la rédaction de procès-verbaux d'ouverture des offres, et à l'extension des délais de recours, ces derniers passant de dix à vingt jours, dans le droit cantonal.

Points critiques de la révision

Si les améliorations sont applaudies, d'autres éléments du projet de révision de l'AIMP et de la LMP n'échappent pas à la critique de l'USIC. Les déficiences relevées portent en particulier sur quatre points.

Premièrement, les deux projets prévoient toujours des valeurs seuils basses dans le champ des marchés non soumis aux traités internationaux. Pour la procédure ouverte surtout, cette règle conduit à des coûts économiques disproportionnés. L'USIC demande donc un relèvement des valeurs seuils.

Deuxièmement, la révision de l'AIMP prévoit, par analogie au droit fédéral actuel, la possibilité pour les autorités adjudicatrices de procéder à des négociations. L'USIC salue certes l'ouverture aux débats en vue de meilleures solutions techniques. Des négociations purement tarifaires stimulent toutefois la ruineuse concurrence des prix et doivent par conséquent être clairement refusées. Dans le cadre de négociations, il faudra donc faire abstraction de la composante du prix.

Troisièmement, les critères d'adjudication persistent à privilégier le prix plutôt que les propriétés qualitatives. Ce qui complique l'application de méthodes d'adjudication alternatives – telles la sélection fondée sur la qualité (Quality-Based Selection) et la méthode à deux enveloppes – répondant particulièrement bien au choix de prestations intellectuelles complexes.

Quatrièmement, le libellé de la Confédération prévoit pour certaines adjudications un droit automatique de regard, assorti d'un contrôle ultérieur des offres qui révélerait les prix trop élevés. L'USIC rejette catégoriquement cette nouveauté qui encourage l'arbitraire, nuit au caractère contraignant des contrats, et délie les autorités de leur propre responsabilité, au détriment de l'économie privée.

Demandes de l'USIC

- Harmonisation complète des marchés publics suisses aux fins d'augmenter l'efficacité et la sécurité juridique
- Relèvement des valeurs seuils pour les prestations dans le champ des marchés non soumis aux traités internationaux
- Utilisation exclue de la rémunération comme objet des négociations
- Renforcement de la qualité face au prix comme critère d'adjudication
- Sécurité contractuelle et égalité juridique entre autorités et soumissionnaires

PRISE DE POSITION QUANT À LA RÉVISION DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

PARTIE 2: VALEURS SEUILS

Contexte

La révision du droit des marchés publics a pour objectif prioritaire de garantir la transparence et une concurrence loyale dans l'application des procédures d'adjudication. Pour répondre à cet enjeu, un moyen pertinent consiste à rattacher différentes procédures à des valeurs seuils déterminées. La démarche adoptée se fonde aussi sur le principe selon lequel, lorsque le volume du mandat augmente, la concurrence s'accroît et la marge de manœuvre de l'autorité adjudicatrice diminue. Conformément à l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), les pouvoirs adjudicateurs peuvent – en dehors du champ des marchés soumis aux traités internationaux – adjudger de gré à gré des mandats de prestations à hauteur de moins de 150 000 francs. Les mandats d'une valeur de moins de 250 000 francs sont en revanche conclus selon la procédure sur invitation, et les mandats dépassant ces valeurs attribués selon la procédure soit sélective, soit ouverte.

En comparaison des valeurs seuils applicables dans le champ des marchés soumis aux traités internationaux, les valeurs seuils nationales sont fixées à un niveau nettement inférieur. Même avec la révision de l'AIMP, ces valeurs resteront basses.

Coûts macroéconomiques

L'USIC s'engage en faveur d'une concurrence prix-prestation loyale et efficace dans les marchés publics de services. Une saine concurrence présente un double avantage: le mandant peut obtenir la meilleure qualité au meilleur prix, et le soumissionnaire faire fructifier sa capacité d'innovation.

En même temps, il faut prendre en considération le fait qu'une concurrence croissante fait aussi augmenter les coûts économiques. En principe, plus le nombre d'acteurs participant à un appel d'offres est élevé, plus importants sont aussi les coûts incombant aux soumissionnaires et aux pouvoirs adjudicateurs. Et ceci est précisément le cas pour les prestations de planification, étant donné qu'il s'agit la plupart du temps de prestations intellectuelles complexes, qui ne peuvent être comparées entre elles que de façon limitée.

Importance du choix de la procédure

[Selon une étude du prof. Franz Jaeger de la Haute école de Saint-Gall](#), publiée en 2006, il n'est pas rare que les frais de procédure liés aux mandats de planification dépassent les 100 000 francs, même pour des mandats relativement restreints.

Il en résulte parfois, et tout particulièrement en ce qui concerne la procédure ouverte, des coûts économiques considérables, alors que la dépense est clairement plus faible pour la procédure par invitation.

Le choix de la procédure d'adjudication en fonction de la valeur du contrat a ainsi une influence essentielle sur le jeu de la concurrence, si cette dernière induit réellement l'efficacité souhaitée.

Il convient d'éviter une concurrence redondante lors de valeurs de contrat trop faibles.

Selon la même étude, le bénéfice monétaire d'une adjudication devrait se situer à plus de 50 % pour une valeur de contrat de moins de 250 000 francs, ce qui en termes d'économie publique serait difficilement justifiable.

Le fait que les valeurs seuils pour la Confédération et les cantons – champ des marchés non soumis aux traités compris – ne sont pas partout uniformes, rend d'autant plus difficile la réalisation de l'objectif d'une harmonisation entre la Confédération et les cantons. Aussi l'USIC demande-t-elle que la Confédération, dans le cadre de la marge de manœuvre dont elle dispose, envisage d'une part un relèvement des valeurs seuils, et d'autre part ajuste dans la mesure du possible les valeurs seuils des cantons, ce qui permettrait d'éviter d'inutiles coûts pour les soumissionnaires et l'ensemble de l'économie.

En outre, les cantons ne doivent plus obtenir la compétence de franchir de manière autonome la limite inférieure des valeurs seuils prescrites par l'AIMP.

Parallèlement, il s'agit de garantir la limitation de la marge de manœuvre des pouvoirs adjudicateurs lors du choix des procédures d'adjudication.



Union Suisse des Sociétés d'Ingénieurs-Conseils
Schweizerische Vereinigung Beratender Ingenieurunternehmen
Unione Svizzera degli Studi Consulenti d'Ingegneria
Swiss Association of Consulting Engineers

Demandes de l'usic

- Une concurrence prix-prestation loyale et économiquement efficiente
- Utilisation maximale de la marge de manœuvre pour le relèvement et l'harmonisation des valeurs seuils entre la Confédération et les cantons
- Aucun franchissement par les cantons de la limite inférieure des valeurs seuils indiquées dans l'AIMP
- Marge de manœuvre minimale pour les pouvoirs adjudicateurs lors du choix de la procédure d'adjudication

PRISE DE POSITION QUANT À LA RÉVISION DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

PARTIE 3: NÉGOCIATIONS

Contexte

La loi fédérale sur les marchés publics (LMP) prévoit que des négociations peuvent être engagées avec les soumissionnaires si l'appel d'offres le prévoit ou si aucune offre ne paraît être la plus avantageuse économiquement.

Dans la version en vigueur de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), des négociations sont en revanche exclues.

Dans le cadre de l'harmonisation du droit des marchés publics entre la Confédération et les cantons, le projet de révision de l'AIMP prévoit aussi la conduite de négociations sous certaines conditions.

Position de l'usic

L'usic salue en principe l'introduction de la possibilité de conduire des négociations à l'échelon cantonal également. De fait, les prestations de planification constituent souvent des services de nature intellectuelle complexes, lesquels doivent être développés en étroite collaboration entre les soumissionnaires et les adjudicateurs afin de pouvoir satisfaire aux exigences techniques requises.

Par contre, l'usic s'oppose à des négociations dès lors que celles-ci concernent la rémunération. L'opportunité offerte aux autorités adjudicatrices de procéder à des négociations de prix a pour conséquence, d'une part, d'aggraver une guerre tarifaire déjà ouvertement menée dans la branche et de faire systématiquement jouer la concurrence entre les soumissionnaires; d'autre part, la conduite de négociations de prix alors même que les offres ont été acceptées enfreint le principe d'équité, en fournissant aux pouvoirs adjudicateurs la possibilité de corriger après coup à la baisse des offres qu'ils considéreraient trop élevées.

En matière de prestations de planification, se focaliser purement et simplement sur la composante du prix est fondamentalement une erreur: les prestations de planification sont des services de nature intellectuelle où la qualité doit primer: une bonne prestation de planification a un effet de levier décisif sur l'ensemble du projet. Aussi, lésiner sur des prestations de planification revient-il à économiser au mauvais endroit.

Demandes de l'usic

- Autorisation de la conduite de négociations tant à l'échelon fédéral qu'à l'échelon cantonal
- Objectif des négociations axé sur le développement de la solution technique optimale pour le mandat
- Utilisation exclue de la rémunération comme objet des négociations

PRISE DE POSITION QUANT À LA RÉVISION DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

PARTIE 4: CRITÈRES DE QUALITÉ

Contexte

Les ingénieures et ingénieurs accordent une priorité absolue à l'utilité pour le client. L'acquisition de prestations d'ingénieur dans les procédures de passation de marchés publics est toutefois complexe. Au moment de l'appel d'offres, les prestations de planification ne sont fréquemment par encore exactement définissables ou exigent l'élaboration de différentes variantes pour répondre aux attentes des adjudicateurs dans le solutionnement des problèmes.

Les procédures de passation de marchés, telles qu'elles sont appliquées aujourd'hui, sont souvent axées sur l'acquisition de marchandises et de prestations comparables. Or une prestation de planification n'est pas en mesure de se démarquer suffisamment par la qualité, si bien que le prix acquiert une importance disproportionnée. Partant, les planificateurs ne trouvent plus la stimulation nécessaire pour se distinguer par la qualité.

En raison de l'important effet de levier qu'exerce la prestation de planification, une pondération excessive du prix n'est pas judicieuse et contribue au final au renchérissement de l'ensemble du projet. Par ailleurs, elle freine l'innovation et le progrès technique, mettant ainsi en péril l'excellence et la bonne réputation de la branche suisse de la planification.

Aussi l'USIC s'engage-t-elle activement pour une prise en considération accrue de la qualité comme critère d'adjudication dans la passation de marchés publics. Afin que la qualité puisse revenir au premier plan, elle doit pouvoir être mieux différenciée lors de la procédure d'adjudication – à la faveur du critère de l'expérience ou de méthodes d'adjudication alternatives notamment.

L'expérience comme critère de qualification et d'attribution

D'une part, l'expérience peut signifier la capacité vérifiable et avérée du soumissionnaire ainsi que des personnes clés placées sous sa responsabilité, à mener à bien la tâche imposée. Cette forme d'expérience peut aisément être prouvée à l'aide de références professionnelles. Seule cette forme

d'expérience doit entrer dans le cadre de critères de qualification.

D'autre part, l'expérience peut également signifier la longue et plus large relation que l'adjudicateur entretient avec le soumissionnaire. Prévalent en l'occurrence des critères qui, du point de vue de l'adjudicateur, jugent d'une manière générale la qualité des références personnelles et propres à l'entreprise que le soumissionnaire a inscrites dans l'offre en ce qui concerne les projets et prestations. Cette forme d'expérience doit exclusivement valoir comme critère d'attribution et requiert, pour être appliquée, des demandes de précisions auprès des personnes de référence mentionnées par le soumissionnaire. Au total toutefois, le critère de l'expérience ne doit pas peser plus de 20 % dans l'évaluation.

Méthodes d'adjudication alternatives

En 2012 déjà, l'USIC a rédigé un [rapport sur des méthodes d'adjudication alternatives](#) susceptibles de mieux prendre en considération la qualité par rapport au prix.

Le *procédé du dialogue* – autorisé depuis 2010 à l'échelon fédéral lors de l'acquisition de prestations intellectuelles – joue ici un rôle central. Le contact direct entre le maître de l'ouvrage et le soumissionnaire offre au premier la possibilité d'une évaluation personnelle et renforce la confiance mutuelle entre les parties.

Les deux procédures évoquées ci-après peuvent en outre directement contribuer à accroître l'importance de la qualité par rapport au prix:

La *sélection fondée sur la qualité* (Quality-Based Selection) permet aux soumissionnaires d'être choisis en raison de la qualité de leur offre, le prix étant mis dans un premier temps entre parenthèses. Cette méthode est avantageuse lors de l'acquisition d'objets de prestation complexes.

Dans le cadre de la *méthode à deux enveloppes*, la soumission est déposée dans deux enveloppes séparées, l'une renfermant l'offre technique, l'autre le prix. Cette démarche présente l'avantage d'une évaluation de la qualité indépendamment du prix.

L'inconvénient dans la pratique juridique en vigueur en Suisse réside dans le fait que le poids attribué au prix doit atteindre au minimum 20 %. Lors de l'utilisation de ces deux méthodes, il faut donc veiller à ce que les paliers d'évaluation soient clairement séparés et restent vérifiables, afin que la sécurité juridique et la transparence puissent être garanties.

Demandes de l'USIC

- Délimitation claire des prestations de planification par rapport aux marchandises standardisées
- Renforcement de la qualité face au prix comme critère d'attribution
- Prise en compte des valeurs d'expérience dans les critères d'adjudication
- Promotion de procédures d'adjudication alternatives pour une meilleure prise en compte de la qualité, telles que la sélection fondée sur la qualité (Quality-Based Selection), la méthode à deux enveloppes et le procédé du dialogue
- Prise en considération accrue de l'expérience dans la phase d'attribution

L'USIC

L'USIC réunit quelque 1000 entreprises d'ingénierie et de planification à travers toute la Suisse, lesquelles emploient environ 15 000 collaboratrices et collaborateurs. Les entreprises membres génèrent annuellement un chiffre d'affaires brut de près de 2,2 milliards de francs, ce qui correspond à environ 40 % de la part totale des dépenses dans le domaine de la construction. L'USIC est ainsi la voix nationale reconnue des entreprises suisses de conseil en ingénierie et en planification.

Contact:

Mario Marti, docteur en droit, secrétaire général

Union suisse des sociétés d'ingénieurs-conseils (USIC)

Effingerstrasse 1, Case postale, 3001 Berne / T 031 970 08 88 / mario.marti@usic.ch



usic.ch bilding.ch uningenieurcest.ch facebook.com/usic.ch [@usic_ch](https://twitter.com/usic_ch)