

Conférence des achats de la Confédération
Fellerstrasse 21
3003 Berne
Par e-mail à: direktion@bbl.admin.ch

Zurich, le 29 juin 2015

Consultation relative à la révision de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP)

Mesdames, Messieurs,

Au nom de Swico, nous vous remercions de la possibilité qui nous est offerte de vous présenter notre point de vue sur le projet de révision de la loi sur les marchés publics et vous transmettons la présente prise de position.

1. Légitimation et impact

Swico regroupe plus de 420 fournisseurs issus des secteurs des technologies de l'information et de la communication (TIC) ainsi que de l'électronique grand public. Ensemble, ils emploient plus de 36'000 personnes et réalisent un chiffre d'affaires supérieur à 20 milliards de francs. Swico représente les intérêts de ces secteurs auprès des instances politiques, administratives et des ONG.

Depuis «Insieme», les projets informatiques des administrations publiques sont examinés très attentivement. En outre, l'importance des TIC dans l'économie et l'administration a fortement augmenté et accentué également le problème des achats. Swico joue ici un rôle de pionnier pour ses entreprises membres et a été aussi largement impliquée dans les entretiens avec les experts relatifs au CGV de la Confédération. Par conséquent, Swico est particulièrement concernée par la révision de la LMP et de l'OMP et tient à exprimer ses sincères remerciements pour cette invitation à prendre position.

2. Consultation

2.1 Principes

L'harmonisation envisagée des bases légales de la Confédération et des cantons dans le domaine des marchés publics répond à une revendication de longue date de l'économie et nous nous en félicitons vivement.

2.2 Durabilité (art. 1 et 33 AP-LMP, art. 3 AP-OMP)

La durabilité doit être envisagée ici dans ses trois dimensions (économique, écologique, sociale) et prendre en compte toute la durée de vie d'un produit. Cependant, l'AMP se limite aux dimensions économiques et écologiques (cf. rapport explicatif AP-LMP, p. 18). Nous demandons ici l'harmonisation avec l'AMP et donc la suppression des aspects sociaux dépassant le cadre des dimensions de l'AMP dans le domaine des marchés publics.

2.3 Droit applicable (art. 5 AP-LMP)

Selon l'art. 3, plusieurs donneurs d'ordre participant d'un commun accord à une procédure d'acquisition sont autorisés, en dérogation aux principes des al. 1 et 2, à soumettre un achat en commun au droit d'un donneur d'ordre participant. D'un autre côté, un accord avec les prestataires n'est cependant pas possible. C'est pourquoi, ce choix unilatéral du droit applicable par les donneurs d'ordre doit être purement et simplement supprimé. Il convient de limiter strictement la possibilité de choix (droit du lieu du siège social ou droit fédéral) figurant à l'al. 4 au droit fédéral.

2.4 Préimplication (art. 16 AP-LMP)

Nous nous félicitons que le projet de loi prévoit des possibilités de compensation ou de «réparation» de la préimplication. Par contre, la marge d'appréciation accordée au donneur d'ordre est trop importante et doit donc être limitée. Nous recommandons de contraindre le donneur d'ordre, au moment de l'attribution de telles prestations de conseil, à prendre des mesures de réparation contre une préimplication du mandataire, si le mandataire souhaite participer à l'éventuel appel d'offres ultérieur en tant que prestataire. Tant que la prise de mesures de réparation dépend de la seule volonté du donneur d'ordre et que certains prestataires risquent d'être exclus à court terme d'un appel d'offres, les prestataires qualifiés et appropriés n'ont aucun intérêt à proposer des prestations de conseil en amont de la procédure d'appel d'offres, ce qui pourrait être préjudiciable à la qualité dudit appel d'offres.

2.5 Droit de regard (art. 18 AP-LMP, art. 13 AP-OMP)

Le droit de regard du donneur d'ordre dans le calcul des prix représente une grave atteinte à la liberté contractuelle. La disposition unilatérale en matière de remboursement (pour le passé) de prix considérés comme «trop élevés», selon le seul point de vue du contrôle financier effectuant la vérification, ne peut pas être acceptée en l'état pour deux raisons.

D'une part, les critères de contrôle des prix ne sont pas stipulés clairement (dans la directive du DFF correspondante non plus) et, d'autre part, l'ensemble de la procédure d'adjudication garantit en général, en vertu de l'art. 18 AP-LMP, qu'il n'y ait justement pas d'absence de concurrence. L'exception au droit de regard, figurant dans l'art. 13 al. 3 let. a AP-OMP, lorsque le donneur d'ordre est en mesure de déterminer le prix de marchandises ou prestations identiques ou similaires pour l'essentiel proposées sur le marché, est précisément garantie en substance par la procédure d'appel d'offres.

Dans le cas d'une absence avérée de concurrence, le droit de la concurrence offre toujours une protection suffisante contre l'abus de position dominante sur le marché du prestataire.

2.6 Procédure de dialogue (art. 28 AP-LMP, art. 24 AP-OMP)

Swico approuve l'introduction de la procédure de dialogue, qui constitue un précieux outil, notamment pour les projets complexes. L'art. 28 AP-LMP est néanmoins formulé comme une disposition facultative, ce qui restreint son applicabilité. Contrairement à l'UE, le dialogue n'est cependant pas conçu comme une procédure autonome (cf. rapport explicatif AP-LMP sur l'art. 28, p. 54). Le dialogue revêt une importance de plus en plus importante pour les achats complexes. Nous demandons par conséquent de conférer au dialogue le statut de procédure autonome, comme dans l'UE, et de préciser en ce sens la disposition facultative.

2.7 Contrats cadres (art. 29 AP-LMP)

En ce qui concerne les contrats cadres, le risque existe que ces derniers soient abusivement utilisés en remplacement d'une description incomplète des prestations à fournir. Dans les faits, au lieu de mettre des projets concrets et mesurables en adjudication, il y a conclusion de contrats de location de services. En outre, précisément en ce qui concerne l'approvisionnement en ressources, les contrats cadres posent des exigences souvent irréalistes en matière de mise à disposition de certains profils, sans que les prix indiqués, qui sont pourtant déjà compétitifs, soient garantis pendant toute la durée du contrat cadre et sans aucune obligation d'achat des ressources mobilisées. Ainsi, les prestataires n'ont plus aucune sécurité de planification pour les ressources mises en adjudication. En outre, cela ne règle pas le problème de la préimplication dans ce domaine. Il pourrait y avoir contournement du droit des marchés publics si le contrat cadre définissait les conditions en matière de contrats individuels et de réalisations de mini-offres. C'est pourquoi, nous demandons de renoncer à l'introduction de contrats cadres dépourvus d'obligation d'achat contraignante, ainsi qu'à la procédure des mini-offres.

2.8 Critères d'aptitude (art. 31 AP-LMP)

Il convient de noter que les critères d'aptitude doivent se référer uniquement au prestataire et à ses capacités et expériences. Nous demandons que l'«acceptation inconditionnelle» exigée, dans la pratique, des conditions d'achat imposées par le donneur d'ordre ne constitue plus à l'avenir un critère d'aptitude. Cette pratique entre, en outre, en contradiction avec l'art. 33 al. 1 AP-LMP, lequel prévoit que le donneur d'ordre contrôle les conditions de livraison du prestataire, dans le cadre des critères d'attribution. Si l'on prive le prestataire de toute possibilité de communiquer ses conditions de livraison, sous prétexte qu'il ne satisfait alors pas au critère d'aptitude de l'acceptation inconditionnelle des CGV de la Confédération, l'art. 33 al. 1 est vidé de sa substance. C'est pourquoi, nous demandons de pallier cette incohérence de manière appropriée, par l'introduction d'un nouvel al. 5, comme suit: «Le respect des Conditions générales d'achat du donneur d'ordre ne doit pas être utilisé comme critère d'aptitude.»

2.9 Exclusion de la procédure (art. 46 AP-LMP)

En vertu de let. m, le donneur d'ordre est en droit p. ex. d'exclure un prestataire de la procédure d'adjudication, de le supprimer d'un répertoire ou d'annuler un mandat déjà attribué et ce, pour les motifs suivants: en cas de mauvaise exécution de précédents mandats et s'il est avéré de tout autre manière que le prestataire n'est pas un partenaire contractuel fiable ou digne de confiance. Ce critère se fonde sur des jugements de valeur extrêmement subjectifs; il n'est ni mesurable ni clairement défini et ouvre grand la porte à l'arbitraire. C'est pourquoi l'art. 46 let. m AP-LMP doit être entièrement supprimé.

2.10 Publications (art. 50 AP-LMP)

L'al. 4 de cette disposition prévoit l'obligation de publier les mandats attribués et soumis aux traités internationaux dans un délai de 72 jours. Ce délai excessivement long n'est ni compréhensible ni judicieux et il est source d'insécurité juridique. C'est pourquoi, la publication doit être effectuée le plus rapidement possible, au maximum dans un délai de 30 jours.

2.11 Débriefing (art. 53 al. 4 (nouveau))

Nous nous félicitons de la récente introduction de l'obligation de motivation de toutes les décisions prises, même si un prestataire n'en fait pas la demande. L'expérience montre que la procédure de débriefing représente un outil indispensable, en cas de réclamation par un prestataire, pour évaluer les chances et le bien-fondé d'un éventuel recours. Par conséquent, nous demandons que la procédure de débriefing présentée dans le rapport AP-LMP, à l'art. 53 al. 2, soit consignée également dans un nouvel al. 4 de l'art. 53. Celui-ci prévoirait que le débriefing n'aurait lieu que sur la demande du prestataire, mais il conviendrait d'ajouter que la tenue de ce débriefing constitue le point de départ du délai de recours, conformément à l'art. 58 OMP. Cela permettrait de réduire les dépôts de recours préventifs pour motivations insuffisantes ou débriefings réalisés trop tard, ce qui favoriserait l'économie de procédure pour les deux parties.

2.12 Recours (art. 54 AP-LMP)

Conformément à l'art. 1, tout recours auprès du Tribunal administratif fédéral est autorisé à partir d'une valeur de marché de CHF 150'000. La possibilité d'une voie de recours contre des décisions prises devrait cependant concerner toutes les procédures d'appel d'offres. Nous demandons par conséquent la suppression pure et simple de cette restriction pour des raisons constitutionnelles.

3. Bilan

Les récents incidents liés à des appels d'offres dans l'administration fédérale et quelques cantons ont montré qu'une réglementation des marchés publics efficace et applicable est fondamentalement nécessaire et urgente. Comme cela est mentionné dans les documents, le succès de l'objectif d'harmonisation des législations en matière de marchés publics de la Confédération et des cantons dépendra de la mesure dans laquelle les propositions élaborées en commun pourront être mises en œuvre au niveau fédéral d'une part, et au niveau des cantons, d'autre part.

Nous vous remercions à l'avance, au nom de nos membres, de prendre en considération nos suggestions d'une manière appropriée, lors de la formulation définitive de la loi et de l'ordonnance sur les marchés publics et lors de travaux ultérieurs dans ce domaine.

Cordiales salutations

Swico


Dr Peter K. Neuenschwander
Président de la commission Droit de l'informatique


Christa Hofmann
Head Regulatory Affairs

Annexe:

Questionnaire Swico