

Delémont, le 8 novembre 2022

RAPPORT DE CONSULTATION

PROJET DE REVISION DE LA LEGISLATION SUR LES MARCHES PUBLICS

I. Introduction

Le but de ce projet, qui prévoit la révision totale de la loi du 21 octobre 1998 concernant les marchés publics, est d'adhérer à l'Accord intercantonal sur les marchés publics révisé (AIMP 2019) et d'intégrer les dispositions de celui-ci dans le droit cantonal.

En date du 29 avril 2022, le Département de l'environnement a engagé une procédure de consultation. Au vu du caractère spécifique des modifications législatives, la consultation a été limitée aux milieux intéressés, à savoir les partis politiques, les autorités judiciaires, les diverses communes jurassiennes ainsi que les différentes associations et organisations faîtières actives dans le domaine des marchés publics (Constructionjura, Société suisse des entrepreneurs – section Jura [SSE], etc.). Le délai de réponse s'étendait jusqu'au 12 juin 2022. Les réponses arrivées jusqu'au 14 juillet ont toutefois été prises en compte.

Ont fait part de leurs considérations : trois partis politiques sur les dix consultés (Parti évangélique Jura [PEV], Les Verts jurassiens [Les Verts] et Parti libéral-radical jurassien [PLR]), les autorités judiciaires, à l'exception du Tribunal de première instance et du Ministère public, ainsi que neuf communes jurassiennes (Bonfol, Cornol, Courrendlin, Courroux, Delémont, Les Breuleux, Les Genevez, Mettembert, et Val Terbi) et cinq organisations parmi les douze consultées (Chambre de commerce et d'industrie du Jura [CCIJ], Fédération des entreprises romandes de l'Arc jurassien [FER-Arcju], Constructionjura, SSE et Société suisse des ingénieurs et des architectes – section Jura [SIA]). A noter que trois entités non consultées ont également pris position de manière spontanée (Lignum Jura, Swisstaffing et Syna Jura).

II. Remarques générales émanant des participants à la consultation

La CCIJ salue, de manière générale, le projet proposé qui répond à ses principales attentes. Elle formule toutefois une proposition importante quant à l'article 14 (cf. analyse article par article) pour permettre l'exercice d'une concurrence équitable sur le territoire cantonal et précise qu'au vu des enjeux financiers auxquels l'Etat jurassien est confronté, l'exécution de cette nouvelle loi devrait intervenir grâce à une amélioration des processus de travail internes. Si malgré cela, une augmentation de postes était nécessaire, elle devrait être compensée par une diminution correspondante dans un autre secteur d'activité.

Constructionjura et la SSE ont apprécié la tenue de séances d'information relatives au projet, dont les débats ont été constructifs. Ayant collaboré étroitement à la rédaction de leurs prises de position respectives, elles présentent dès lors les mêmes demandes et invoquent les mêmes arguments (cf. analyse article par article, ad art. 14 et nouveaux articles).

La commune de Delémont soutient l'adhésion à l'AIMP 2019 même si la mise en œuvre de celle-ci pose encore beaucoup de questions, particulièrement avec le changement de paradigme qui exige de prendre en compte le critère de la qualité au même titre que le prix ainsi qu'avec l'intégration des

critères liés au développement durable. La commune de Delémont fait dès lors part des propositions suivantes (cf. également analyse article par article, ad art. 16 et 25) :

- mettre en commun les expériences des services cantonaux qui sont régulièrement soumis aux marchés publics, notamment le Service des infrastructures (SIN) ;
- établir une directive ou des recommandations à cet égard ;
- préciser la procédure et les documents à utiliser en cas de marchés de gré à gré concurrentiel (p.ex. : validation des instructions du Guide romand pour les marchés publics et notamment de l'annexe W9).

Lignum Jura salue l'introduction de l'article 14, alinéa 2, qui met en avant le critère du développement durable. Par ailleurs, elle émet des remarques quant aux articles 10, 11 et 18 (cf. analyse article par article).

Les Verts saluent le changement de paradigme vers davantage de durabilité. Conscients de la marge de manœuvre réduite laissée par le droit supérieur, ils ont cependant fait part des remarques et propositions suivantes (cf. également analyse article par article, ad art. 16 et nouveaux articles) :

- les critères d'adjudication doivent mettre la priorité sur la durabilité et les impacts climatiques ;
- une formation destinée aux adjudicateurs est souhaitable pour accompagner ce nouveau cadre légal, de sorte qu'il faut par ailleurs allouer des moyens à cette tâche ;
- ils soutiennent l'interdiction de la sous-traitance ;
- ils soutiennent le système de surveillance mis en place par les articles 17 et 18 mais s'interrogent sur les moyens à disposition du Gouvernement pour effectuer ces tâches importantes. Le contrôle des adjudicateurs dans les communes paraît plus difficile que celui exercé sur les entités communales (recte : cantonales). Il faudrait ainsi prendre des dispositions budgétaires pour que les contrôles soient suffisants.

La SIA félicite la RCJU d'avoir engagé les démarches nécessaires pour rejoindre l'AIMP 2019. Elle regrette toutefois que le projet d'ordonnance ne soit pas lui aussi mis en consultation car de nombreux sujets concernant les activités de la SIA ne seront traités que par ordonnance, l'empêchant pour l'instant de se prononcer. Elle se met ainsi à disposition pour participer à l'établissement de l'ordonnance afin d'amener une expertise supplémentaire par ses références et son expérience (notamment s'agissant de la concrétisation des lettres b et f de l'article 25 ainsi que des critères d'adjudication de l'article 14). Elle a par ailleurs émis quelques propositions (cf. analyse article par article, ad art. 13 et 25).

Swissstaffing, en tant qu'association d'employeurs, s'oppose catégoriquement à la disposition limitant le travail temporaire et requiert d'être auditionnée par la commission qui se charge d'élaborer la loi à ce sujet (cf. analyse article par article, ad art. 5).

Syna Jura souligne la volonté des autorités cantonales de s'assurer du respect des conventions collectives de travail lors des procédures d'adjudication. Il précise par ailleurs que le rapport explicatif mentionne à juste titre l'utilisation de la carte professionnelle pour les entreprises soumises à la CCT du secteur principal de la construction mais ne précise pas la marche à suivre pour les entreprises dont l'activité est régie par une CCT différente (technique du bâtiment, électricité, second œuvre, etc.). Il émet dès lors une proposition de modification (cf. analyse article par article, ad art. 18).

N'ont pas formulé de remarques particulières : le PEV, le Tribunal des mineurs ainsi que les communes de Bonfol, Cornol, Courrendlin, Courroux, Les Breuleux, Les Genevez, Mettembert et Val Terbi. A noter que certaines des communes précitées ont invoqué un manque de connaissances ou d'influence dans le domaine des marchés publics ainsi qu'un manque de temps à disposition afin d'expliquer leur absence de remarques.

III. Analyse article par article et modifications

Article	Remarques	Analyse	Proposition
LMP-JU			
Art. 4	Les Verts : supprimer l'exception. Au vu des tâches publiques conférées par la loi et du volume de leurs activités potentiellement soumises aux marchés publics, il serait justifié d'assujettir la BCJ et la CPJU au droit des marchés publics.	Au vu du caractère commercial de leurs activités exemptées, une exception se justifie au contraire.	Pas de changement.
Art. 5	Swissstaffing : retirer purement et simplement la disposition. L'activité de location de services est réglementée par la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LES ; RS 823.11) et est soumise à une convention collective de travail étendue et donc de portée obligatoire ; aucun élément ne justifie l'intervention de l'Etat s'agissant de la location de services, y compris dans le domaine des marchés publics. Légiférer au niveau cantonal afin de restreindre le recours à la main d'œuvre temporaire est une mesure de politique économique et va à l'encontre d'un instrument créé par le législateur pour compenser à court ou à moyen terme les effets des fluctuations et du nombre de postes de travail nécessaires ; les tentatives de réglementations des cantons de Genève et du Tessin allant dans ce sens ont été annulées par les tribunaux, jugées non conformes au droit. L'article 63, alinéa 4, AIMP 2019 n'est pas une base légale suffisante pour créer de nouvelles dispositions de droit matériel dans les domaines de la protection et des conditions de travail des travailleurs temporaires dans les marchés publics ; l'article 5 du projet constitue une violation de l'AIMP 2019 et d'autres normes en matière de droit des marchés publics (égalité de traitement et non-discrimination des soumissionnaires). La LSE ne laisse aucune compétence cantonale pour promulguer une autorisation ou une limitation dérogatoire ou renforcée du travail temporaire ; se pose par ailleurs la question de savoir qui contrôlerait les entreprises hors du canton et sur quelle base légale. Même si le projet n'interdit pas formellement le recours aux travailleurs temporaires, il a pour effet de le rendre très contraignant ; cette limitation viole le droit	Les remarques permettent de voir que la possibilité de restreindre le travail temporaire n'est pas la solution idéale afin de garantir le respect des conditions de travail et la bonne exécution du marché. Il existe tout de même un intérêt public à ce que l'adjudicateur soit au courant que l'adjudicataire recourt à des travailleurs temporaires, de manière à pouvoir effectuer certains contrôles dans le cadre de la surveillance de l'exécution du marché.	Suppression de la disposition mais ajout d'un nouvel article relatif à l'annonce des travailleurs temporaires.

	<p>fondamental de la liberté économique car elle prive les travailleurs d'une modalité pour exercer leur profession. S'engager à ne pas recourir à des travailleurs temporaires et devoir le démontrer au stade de la soumission n'a pas de sens et risque de créer des retards dans l'exécution, certains besoins urgents en main d'œuvre ne pouvant être comblés.</p>		
Art. 10, al. 2	<p>Lignum Jura : il n'est indiqué nulle part que les conditions qui s'appliquent sont celles du lieu de la prestation, et non celles du siège de l'entreprise qui soumissionne.</p>	<p>La remarque porte apparemment sur les conditions de travail et non sur les conditions de participation, dont les conditions de travail font toutefois partie. Il est ainsi renvoyé au chapitre « nouveaux articles » pour l'analyse d'une éventuelle disposition concernant le respect des conditions de travail.</p>	<p>Pas de changement.</p>
Art. 11	<p>Lignum Jura : doute qu'un service cantonal puisse contrôler ce qui se passe dans d'autres cantons.</p> <p>PLR : La loi cantonale portant introduction à la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LiLEg; RSJU 151.1) et de la loi sur les subventions (LSubv; RSJU 621) règlent déjà de manière détaillée les contrôles en matière d'égalité salariale ; l'article est donc superflu. Afin d'éviter de créer de nouveaux postes, il est souhaitable d'attendre les décisions du Parlement quant aux modifications des lois précitées.</p>	<p>Il a d'emblée été annoncé dans le rapport explicatif que le Gouvernement attendrait les décisions du Parlement quant aux modifications de la LiLEg et la LSubv et adapterait le présent projet ensuite. Il faut toutefois modifier la LMP-JU pour imposer les mêmes obligations aux soumissionnaires qu'aux bénéficiaires de subventions car ce projet va plus loin que le droit fédéral et que la LiLEg. Le Parlement s'étant prononcé en faveur de modifications ne correspondant pas au texte soumis initialement par le Gouvernement, la présente disposition est modifiée, indépendamment des remarques de Lignum Jura et du PLR.</p>	<p>Modification basée sur le texte des LiLEg et LSubv révisées.</p>
Art. 13	<p>SIA : rajouter un alinéa précisant que <i>Le Gouvernement fixe les conditions par voie d'ordonnance.</i></p>	<p>L'article 25, lettre b, délègue déjà la compétence au Gouvernement pour régler la question de la tenue des listes permanentes et donc également la qualification des personnes inscrites sur de telles listes.</p>	<p>Pas de changement.</p>

<p>Art. 14</p>	<p>CCIJ : intégrer les critères « niveaux de prix » et « fiabilité des prix », qui sont essentiels pour éviter que des acteurs économiques opérant hors du territoire suisse puissent proposer des prix nettement inférieurs à ceux pratiqués dans notre pays. Ces deux critères permettront aux entreprises suisses, et régionales en particulier, de lutter à armes égales avec des entreprises étrangères et garantiront ainsi une concurrence loyale et équitable. Il est possible d'intégrer ces deux critères tout en respectant les engagements internationaux.</p> <p>Constructionjura et SSE : intégrer, à l'alinéa 1, les critères « différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie » et « fiabilité des prix », ce qui n'est pas contraire à l'article 63, alinéa 4, AIMP 2019 (le terme « en particulier » permettant de toucher l'article 29 AIMP 2019), comme l'ont fait les cantons d'Argovie (AG), Soleure (SO), Turgovie (TG), Appenzell Rhodes Intérieures (AI), Schwyz (SZ) et Bâle-Campagne (BL). Cela permet d'assurer l'harmonisation avec la nouvelle loi fédérale sur les marchés publics, qui a repris ces critères, et de garantir des adjudications équitables. La reformulation proposée est la suivante : « <i>En plus des critères d'adjudication mentionnés dans l'AIMP, les critères de « fiabilité du prix » et « différence de niveau des prix dans les pays dans lesquels la prestation est fournie » peuvent être pris en compte dans le respect des engagements internationaux de la Suisse. »</i>.</p> <p>FER-Arcju : reformuler l'alinéa 1 ainsi : « <i>En plus des critères d'adjudication mentionnés dans l'AIMP, les critères de « fiabilité du prix » et « différence de niveau des prix dans les pays dans lesquels la prestation est fournie » peuvent être pris en compte dans le respect des engagements internationaux de la Suisse. »</i>. La prise en compte de ces critères évite que des emplois soient délocalisés à l'étranger où la main d'œuvre est moins chère et permet également d'éviter l'augmentation du dumping salarial, de même que la disparition de recettes fiscales. D'autres cantons (AG, SO, TG, AI, SZ et BL) l'ont déjà fait, ce qui prouve que l'ajout est possible. La formulation potestative permet d'appliquer les critères sans y obliger l'adjudicateur ; c'est seulement une option.</p>	<p>Ces critères imposent des obligations supplémentaires aux adjudicateurs et aux soumissionnaires, ce qui ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 63, alinéa 4, AIMP 2019, lequel vise uniquement à édicter des dispositions d'exécution pour des spécificités cantonales. En outre, de tels critères enfreignent les principes du traitement national et de la non-discrimination et ne pourraient donc être appliqués au niveau international. En définitive, le risque est grand que l'adoption d'une disposition permettant d'utiliser de tels critères soit invalidée par la Cour constitutionnelle lors d'un contrôle abstrait. Ces critères pourraient également faire l'objet d'une contestation à l'occasion de l'appel d'offres d'un marché où ils seraient utilisés.</p>	<p>Pas de changement.</p>
----------------	--	---	---------------------------

	PLR : introduire les critères « niveaux de prix » et « fiabilité des prix » comme l'ont fait les cantons de Soleure et d'Argovie, sans les rendre obligatoires. Il s'agit d'une possibilité de les utiliser.		
Art. 16, al. 1	Delémont : supprimer l'obligation de publier les actes devant faire l'objet d'une publication au sens de l'article 48, alinéa 1, AIMP 2019 sous forme condensée au Journal officiel. Elle engendre des coûts importants pour l'organisateur du marché public et est obsolète car le canton du Jura est un des derniers cantons à imposer une publication au Journal officiel. La publication sur simap.ch, qui fait désormais foi, suffit.	Les motifs invoqués ne sont pas suffisants pour aller à l'encontre de la volonté du Parlement, qui était déjà au courant que la renonciation à la publication papier aurait des avantages financiers lorsqu'il a refusé de digitaliser le Journal officiel, et s'est montré attaché au format papier.	Pas de changement.
Art. 18, al. 4	Lignum Jura et PLR : même remarque que pour l'article 11. Syna Jura : modifier la disposition afin que les administrations exigent systématiquement, lors de chaque appel d'offres, une attestation de respect de la CCT fournie par la commission paritaire compétente du secteur concerné. Les commissions paritaires ont été mises en place par les partenaires sociaux afin de veiller à la bonne application des CCT et peuvent, pour ce faire, effectuer des contrôles auxquels les entreprises assujetties doivent se plier. Elles sont seules à même d'attester le respect des CCT.	Même réponse. La remarque est tout à fait pertinente et renforcerait la collaboration mise en place, notamment par SIN, avec les commissions paritaires.	Modification basée sur les LiLEg et LSubv révisées. Modification telle que demandée mais intégrée au nouvel article 10.
Art. 22	Tribunal cantonal : l'article 58, alinéa 3, AIMP 2019 prévoit que l'autorité de recours qui constate l'illicéité doit en même temps statuer sur les dommages et intérêts. Or, l'article 22, alinéa 3, du projet maintient ces deux procédures de manière séparée, ce qui semble contraire.	L'AIMP 2019 ayant pour but de simplifier les procédures, la remarque du Tribunal cantonal apparaît justifiée. L'article 58 AIMP 2019 réglant les questions relatives aux demandes en dommages-intérêts, l'article 22 n'a pas lieu d'être.	Suppression de la disposition.
Art. 23	PLR : il faudrait prévoir, si ce n'est pas déjà le cas, qu'une entreprise contrôlée puisse se prévaloir du contrôle pendant un certain temps, afin de ne pas payer plusieurs émoluments.	La durée de validité de l'analyse était de 4 ans pour l'avant-projet. Elle sera de 6 ans dans le nouveau projet (qui reprend les dispositions adoptées par le Parlement concernant la LiLEg et la LSubv).	Suppression de la disposition au vu des LiLEg et LSubv révisées (cf. article 11).

<p>Art. 25</p>	<p>Commune de Delémont : régler la procédure de gré à gré concurrentiel.</p> <p>SIA : modifier la lettre f afin de citer les mandats d'études parallèles : « f) les modalités d'organisation des concours d'idées, des concours de projet, des concours portant sur les études et la réalisation et des mandats d'études parallèles. ».</p>	<p>De telles dispositions d'exécution ont leur place au niveau d'une ordonnance du Gouvernement. Pour ce faire, il faut une délégation de compétence dans la loi. Toutefois, le caractère informel de la procédure de gré à gré rend cette dernière rapide, simple et économique. Il n'est pas opportun de compliquer cela, étant précisé que la jurisprudence règle déjà les contours de ladite procédure.</p> <p>La proposition est pertinente. Cette forme particulière de mise en concurrence pourra effectivement faire l'objet de dispositions de détail dans l'ordonnance à adopter par le Gouvernement.</p>	<p>Pas de changement.</p> <p>Modification telle que proposée à deux différences près (« ainsi que des mandats » plutôt que « et des mandats » et pas de « s » à « études »).</p>
<p>Nouveaux articles</p>	<p>Constructionjura et SSE : exiger le respect des conditions de travail au lieu d'exécution des travaux, soit le lieu du chantier dans la construction, sur le territoire jurassien. Cela permettra de contrôler la loyauté de la concurrence dans le Jura et de faire respecter les conventions collectives de travail auxquelles les entreprises établies sur le territoire jurassien sont soumises.</p> <p>Les Verts : rajouter un article disposant que : « L'entité adjudicatrice prévoit des critères d'adjudication relevant de la responsabilité environnementale avec une pondération minimale de 20%. ».</p>	<p>En vertu de la loi sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02), les cantons sont tenus d'appliquer le principe du lieu de provenance et non celui du lieu d'exécution lorsqu'ils vérifient le respect des conditions de travail. Un avis de la Commission de la concurrence (COMCO) précise toutefois que les conditions au lieu d'exécution peuvent être déclarées applicables dans certains cas particuliers (cf. tableau comparatif des dispositions).</p> <p>La proposition est intéressante. Cependant, la formulation paraît trop restrictive (en particulier, les prestations largement standardisées doivent pouvoir être adjudgées en fonction du prix seulement). L'article 25,</p>	<p>Adoption d'une nouvelle disposition permettant de tenir compte, dans certains cas particuliers, des conditions de travail au lieu d'exécution.</p> <p>Pas de changement ici mais vraisemblablement dans l'ordonnance.</p>

		lettre a, LMP-JU donne compétence au Gouvernement pour édicter des dispositions complémentaires concernant le respect des conditions d'adjudication. Une analyse sera effectuée afin de déterminer si l'intégration d'une telle disposition se justifie dans l'ordonnance.	
--	--	--	--