

Changement de paradigme dans les marchés publics : qu'est-ce que c'est la « culture d'adjudication » ?

Marc Steiner,
Juge au Tribunal administratif fédéral*

*Le conférencier exprime son opinion personnelle.

Message fondamental concernant le prix et la qualité comme thème du droit et de la culture d'adjudication

- La nouvelle législation de l'UE relative aux marchés publics (directives 2014) vise un mouvement du prix le plus bas vers le meilleur rapport prix/prestation.
- Dans sa définition de l'offre la plus avantageuse économiquement, le droit suisse actuel en matière de marchés publics est fondamentalement basé sur la qualité; le problème réside dans la culture d'adjudication.
- Les nouvelles dispositions (art. 12, 29, 38 et 41 LMP 2019) indiquent clairement qu'on souhaite une concurrence axée sur la qualité et une nouvelle culture.

Structure de la présentation

- Qu'y a-t-il de spécial dans la réglementation des marchés publics?
- Offre la plus avantageuse économiquement / concurrence axée sur la qualité et le prix
- Problèmes pratiques dans la mise en oeuvre / droit des marchés publics et culture d'adjudication ("Vergabekultur")
- Révision de la LMP / achat public durable

Qu'y a-t-il de particulier dans la réglementation des marchés publics?

A la différence du droit économique et administratif « normal » (par exemple droit des cartels ou surveillance des marchés financiers), l'Etat ne règle pas, à travers la loi sur les marchés publics, en premier lieu les entreprises proposant leurs services, mais l'administration elle-même, autrement dit, le mandant.

Pourquoi doit-on réglementer les marchés publics? Dans quel but?

Nous avons besoin d'une loi pour les achats publics, parce que l'Etat ne fait pas faillite s'il est mal géré; il manque l'aiguillon (traduction littérale de l'allemand: le fouet) du risque d'insolvabilité et la pression de la concurrence.

Quels sont les objectifs de la réglementation?

- Toujours: Ouverture du marché
- Pour le futur plus important:
Gouvernance / prévention de la corruption
- Pour le futur plus important: Concurrence basée sur la qualité / innovation / durabilité

Témoins de l'histoire juridique dans une perspective suisse (3 couches archéologiques)



Lausanne, 23 septembre 2020

L'histoire juridique au quotidien / trois couches archéologiques

- Couche 1: le marché intérieur n'est pas très dynamique, l'ouverture du marché n'est pas l'objectif principal; népotisme, protectionisme et ententes cartellaires
- Couche 2: loi sur le marché intérieur, loi sur les cartels, Accord de l'OMC relatif aux marchés publics de 1994, LMP et AIMP; ouverture du marché, concurrence (axée sur le prix), argent
- Couche 3: GPA 2012 / directives de l'EU 2014 / LMP et AIMP 2019: gouvernance, concurrence axée sur la qualité, innovation, durabilité

Les différents niveaux de prix

Rapport explicatif quant à l'art. 29 AIMP:

Dans le cadre de l'élimination des divergences entre le Conseil national et le Conseil des Etats, la question essentielle des critères d'adjudication a été discutée en détail et de façon différenciée. [...]

Les cantons ne reprennent pas le complément «dans le respect des engagements internationaux de la Suisse» inséré par le Parlement fédéral, parce qu'il s'applique même sans être mentionné et parce qu'il a été inséré en relation avec le critère «différents niveaux de prix».

Les objectifs du droit des marchés publics selon la nouvelle législation

Art. 2 LMP/AIMP 2019:

La présente loi vise les buts suivants:

- a. une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables;
- b. la transparence des procédures d'adjudication;
- c. l'égalité de traitement [...]
- d. une concurrence efficace et équitable [...], en particulier par des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption.

Conflits entre les objectifs du droit des marchés publics

Attitude utilitariste (selon une compréhension vulgaire) du mandant: j'achète simplement ce qui est intéressant pour moi et ne m'intéresse pas aux conséquences à long terme pour le marché.

La concurrence et l'utilisation économique des moyens (et pour le futur la durabilité) ne revêtent pas un caractère absolu. Des conflits entre ces objectifs sont possibles. Exemple: attribution stratégique de lots selon art. 21 al. 1bis LMP (arrêt du TAF B-4011/2018 du 11 octobre 2018 cons. 3)

L'offre la plus avantageuse économiquement selon art. 21 de la LMP (actuelle) I

Aussi bien le libellé que l'historique de l'art. 21, al. 3 LMP autorisent la conclusion, selon laquelle le législateur considère une concurrence basée uniquement sur le prix comme non conforme pour des biens *non* largement standardisés (décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-2960/2014 du 28 octobre 2014 E. 4.2.5.1 s. avec références; Steiner, Zufferey/Stöckli (éd.), Marchés publics 2014, p. 166 ss. avec références).

L'offre la plus avantageuse économiquement selon art. 21 de la LMP (actuelle) II

Selon le droit suisse des marchés publics, le mandant a une marge d'appréciation pour la pondération des critères d'adjudication.

Comme pour les spécifications techniques, il peut définir l'importance qu'il accorde à la qualité.

Les soumissionnaires se basent là-dessus. Extrait d'un procès-verbal de négociation: « En raison de la pondération du prix, nous avons proposé la solution conventionnelle. » La promotion de l'innovation s'accorde-t-elle de l'accent mis sur le prix?

L'offre la plus avantageuse économiquement selon art. 67 de la directive 2014/24/UE I

La nouvelle législation de l'UE relative aux marchés publics vise un mouvement du prix le plus bas vers le meilleur rapport prix/prestation et, partant, une nouvelle culture d'adjudication; s'écartant de la réglementation précédente, le législateur de l'UE n'accorde, à l'avenir, qu'une importance secondaire à la pure concurrence axée sur le prix (Soudry/Hettich, p. 64; cf. également 19. forum vergabe Gespräche 2018, p. 191 ss.).

L'offre la plus avantageuse économiquement selon art. 67 de la directive 2014/24/UE II

« The new criteria will put an end to the dictatorship of the lowest price and once again make quality the central issue », Mr. Tarabella explained.

(Communiqué de presse du 15 janvier 2014 concernant l'approbation du Parlement européen des nouvelles directives de l'UE relatives aux marchés publics)

La manière de procéder en face d'une offre anormalement basse

Dans ce domaine, nous sommes, en Suisse, actuellement des modèles de néolibéraux, en fonction de l'objectif de la concurrence (art. 25 al. 4 OMP).

Dans le cadre de la réforme du droit des marchés publics, le secteur de la construction a exigé (comme quelques années avant le secteur européen de la construction) une manière de procéder renforcée contre les sous-enchères (cf. intervention du CN Beat Flach 17.3345 du 4 mai 2017).

Le Parlement a repris l'objectif de l'intervention Flach dans la formulation de l'art. 38 al. 3 LMP.
Cette disposition change la vision de la loi.

Durabilité et concurrence basée sur les prix

L'objectif de durabilité, c.-à-d. l'intégration de perspectives à long terme, s'accorde avec une pure concurrence sur les prix comme un poing dans la figure.

Ou inversement: le secteur de la construction, les ingénieurs, les architectes, l'association lignum, l'industrie textile, etc. ont décidés en tant que « place de travail Suisse » («Werkplatz Schweiz»), qu'ils ont aucun intérêt à soutenir l'association economiesuisse dans sa lutte contre le développement durable comme objectif de la LMP. Au contraire!

Durabilité et concurrence basée sur la qualité

Le dumping en raison du non-respect des standards minimaux comme problème de la concurrence axée sur la qualité:

- L'industrie textile a vu qu'il est dans son intérêt que l'on exige de la concurrence étrangère qu'elle respecte au moins les conventions fondamentales de l'OIT concernant le travail des enfants et le travail forcé; c'est ce qui explique les majorités pour l'art. 12 al. 2 LMP.
- Cette logique vaut également pour les standards en matière de protection de l'environnement à l'étranger -> art. 12 LMP al. 3 LMP

LMP: Comment expliquer le résultat à première vue pas évident?



Le système de la nouvelle LMP: qualité, durabilité et innovation

Art. 56 Abs. 3 BÖB:
Die Angemessenheit einer
Verfügung kann [gerichtlich] nicht
überprüft werden. -> Vergabekultur

Art. 29 Abs. 1: Bedeutung
qualitativer Zuschlagskriterien
hervorgehoben.

Art. 41 Abs. 1 BÖB: Das
vorteilhafteste Angebot erhält
den Zuschlag.

Art. 12 Abs. 2 BÖB:
Dumping durch Missachtung sozialer
Mindeststandards im Ausland.

Art. 38 Abs. 3
Preisdumping

Art. 12a BÖB:
Dumping durch Missachtung ökologischer
Mindeststandards im Ausland

La culture d'adjudication comme défi

Sur la base du nouveau droit également, le mandant décide lui-même, dans le cadre de sa marge d'appréciation, s'il veut le produit meilleur marché ou le produit de meilleure qualité. Mais en tant qu'association économique, on peut interpellier un département, un office fédéral, les CFF, la EPFL ou une commune quant à leur culture d'adjudication. Les responsables ont une influence sur cette culture et doivent également en assumer la responsabilité politique.

Nouvelle culture d'adjudication

Concurrence axée sur la qualité ne signifie pas seulement, que le pouvoir adjudicateur est prêt à payer un prix adéquat pour des prestations de qualité. Le vrai défi c'est d'avoir à disposition du côté du mandant assez de personnel et surtout du personnel vraiment capable de définir les qualités du service ou produit, dont l'état a besoin, et d'évaluer les offres ayant le courage d'adresser les différences quant à la qualité proposée par les soumissionnaires.

Nouvelle culture d'adjudication

Il faut changer le système d'incitation dans lequel se retrouvent les acheteurs. Sinon ceux-ci ne feront pas usage de leur marge d'appréciation comme il le faut si le changement de paradigme visé par la nouvelle loi est vraiment pris au sérieux. Les lobbyistes pensent quelque fois, que le jeu est joué en ayant adopté une nouvelle loi. Ici c'est le contraire. Le jeu vient de commencer!

Conclusion

Le droit suisse actuel met judicieusement et clairement l'accent sur la qualité. Le droit européen s'est développé dans la même direction (directives 2014).

Si cela n'est pas mis en oeuvre dans la pratique (culture d'adjudication erronée), il ne suffit pas de modifier la loi. Il faut un changement de paradigme (la couche archéologique 3 complète la couche 2). De plus, il s'agit de se battre de manière offensive pour la maîtrise de l'air dans la politique du droit des marchés publics, afin de promouvoir une culture d'adjudication adéquate. L'avarice n'est pas cool! La durabilité est dorénavant un objectif de la loi. Et la capacité du secteur public de promouvoir l'innovation est pour le futur indispensable.