

Concurrence axée sur la qualité – la nouvelle culture des marchés publics

Marc Steiner, juge au Tribunal administratif fédéral, Saint-Gall

Les marchés publics doivent être réglementés, car nous ne souhaitons pas que l'Etat jette l'argent par les fenêtres. Les économistes considèrent qu'une loi est nécessaire car l'Etat ne peut pas faire faillite quand il gère mal son argent. C'est pourquoi l'art. 1 de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) fait de l'utilisation économique des fonds publics une priorité. Cependant, cette prescription ne mentionne pas quel niveau de qualité doivent présenter les produits qui sont achetés. Le principe de l'utilisation économique des moyens publics n'est alors pas respecté si un produit ne présentant pas un haut niveau de qualité est acheté au prix d'un produit de haute qualité. Nous avons donc besoin d'une autre disposition légale qui précise selon quels critères l'Etat procède à des achats et celle-ci figure dans l'art. 21 LMP, intitulé Critères d'adjudication.

Quelle est l'offre la plus avantageuse économiquement ?

Mais que signifie « l'offre la plus avantageuse économiquement » qu'évoque l'art. 21 LMP ? Selon celui-ci, cette offre remporte le marché sur la base de différents critères d'attribution. Les pouvoirs adjudicateurs distribuent quasiment des notes comme à l'école dans différentes disciplines, telles que le prix et la qualité. Et, comme à l'école, certaines comptent double et il en résulte une pondération. Outre le prix d'achat, les coûts de cycle de vie peuvent également être calculés, ce qui permet de prendre en compte les aspects importants sur le long terme. Le projet d'une nouvelle loi sur les marchés publics du Conseil fédéral, datée du 15 février 2017, prévoit l'introduction de l'internalisation des coûts environnementaux externes également en Suisse (art. 29 du projet de loi). Outre le prix, c'est en particulier la qualité du produit recherché qui fait l'objet d'une évaluation (art. 21 al. 1 LMP). Le véritable objectif de toute procédure de passation de marchés est la détermination du meilleur rapport qualité-prix des offres à l'aide de l'ensemble des critères d'attribution. Par conséquent, l'offre la plus intéressante ou la plus avantageuse, en tant que réponse à la question du meilleur rapport qualité-prix (« best value for money ») n'est, par définition, pas la moins chère. Ainsi, la promotion de la concurrence axée sur la qualité fait partie de l'objectif de la disposition. En ce sens, l'article 21 alinéa 1 de la loi sur les marchés publics est un choix clair et loin d'être évident. Initialement, dans le cadre des travaux préliminaires liés à la loi sur les marchés publics au milieu des années 90, l'offre la moins chère et l'offre la plus économique étaient plutôt considérées comme des alternatives équivalentes. Se fondant sur la maxime « La qualité est toujours, sur le long terme, ce qu'il y a de moins cher », le Dr Peter Baumberger, Conseiller national PDC et juriste en droit de la construction de Winterthour, a demandé que « le prix, comme seul critère d'attribution, [ne concerne] que les seuls biens largement standardisés ». Ce n'est que dans ce cas que [le prix] peut « être l'unique critère. » Cette proposition a été adoptée. En conséquence, en vertu de l'article 21 alinéa 3 de la loi sur les marchés publics en vigueur, l'attribution pour des biens largement standardisés peut donc se faire exclusivement selon le critère du prix le plus bas. On peut donc en conclure *a contrario* que le législateur considère comme inapproprié qu'une adjudication pour des biens qui ne sont pas largement standardisés, et notamment des prestations de service, se fasse uniquement en fonction du prix. Plus le projet est complexe, plus la qualité est importante.

Droit des marchés publics et culture des marchés publics

Lorsque la Weltwoche écrit que les marchés publics doivent être attribués au soumissionnaire le moins cher, elle a en fait doublement tort. Premièrement, le droit du commerce international sur les marchés publics laisse les Etats membres de l'Accord sur les marchés publics libres de choisir d'attribuer les marchés au prestataire le moins cher ou à celui qui propose le meilleur rapport qualité-prix. Et deuxièmement, il faut clairement comprendre l'art. 21 de la loi sur les marchés publics dans le sens que les marchés publics ne portant pas sur des boulons ou autres produits largement standardisés doivent être attribués non pas selon le critère du prix le plus bas mais selon celui du meilleur rapport qualité-prix. Toutefois, une culture des marchés publics (« Vergabekultur ») s'est développée chez de nombreux adjudicateurs, et même en partie du côté des prestataires, culture qui, en fait, ne respecte pas le principe de la concurrence axée sur la qualité que prévoit la loi en vigueur. Et, en même temps, la loi laisse le champ libre à une culture des marchés publics. L'autorité adjudicatrice a ce que les Allemands appellent un « Leistungsbestimmungsrecht » (droit de décider librement de la désignation des prestations). Elle décide donc en principe de choisir le produit le moins cher ou le produit le plus approprié en termes de qualité. Cette décision n'est pas non plus soumise à un contrôle judiciaire. Et pourtant, les autorités adjudicatrices se cachent dès qu'elles sont exposées à la critique publique, souvent même derrière la loi et les prétendues contraintes que celle-ci impose, alors même qu'elle leur laisse suffisamment de marge de manœuvre. La source de tous les maux est et reste cependant que de nombreux acheteurs du secteur public croient – et notamment lorsqu'ils souhaitent rencontrer le moins de résistance possible – qu'ils peuvent vendre plus facilement un projet à leurs supérieurs hiérarchiques au sein de l'administration, mais aussi aux politiciens ou même à la justice, sans devoir répondre à trop de questions, lorsqu'ils proposent de sélectionner l'offre la moins chère. Les choses peuvent changer si la culture des marchés publics est considérée comme pouvant faire l'objet de directives (« steuerungsfähig »). C'est pourquoi il y a de plus en plus d'associations qui souhaitent aborder avec les décideurs du secteur public le problème de la culture des marchés publics.