

Changement de paradigme dans les marchés publics : qu'est-ce qui nous réservera le futur ?

Les marchés publics : de quel type de régulation s'agit-il ? L'avarice est-elle cool ? Quelle peut être la contribution de la demande de l'État à l'innovation ? Quelle est l'importance de la bonne gouvernance dans le secteur public ?

Achats publics : une régulation est-elle nécessaire et, si oui, laquelle ?

Il convient de réglementer les achats publics, en commençant par les établissements scolaires, le papier toilette et les repas des cantines et en finissant par les avions de combat en passant par les nouveaux tunnels ferroviaires, car nous ne voulons pas que l'État jette l'argent par les fenêtres. Les économistes partent du fait qu'une loi est nécessaire pour cela car l'État ne fera pas faillite si sa gestion est déraisonnable : il lui manque la «menace du risque d'insolvabilité» et la pression de la concurrence. Avec la loi sur les marchés publics, à la différence du droit administratif économique «normal», l'État ne régule cependant pas, en premier lieu, les entreprises qui proposent leurs prestations, mais l'administration elle-même, c'est-à-dire les responsables des adjudications. Dans le cadre de la réforme du droit des adjudications publiques, le Parlement doit donc entre autres veiller à ne pas accepter, sans examen, purement et simplement les propositions de régulation du Conseil fédéral dans la mesure où celles-ci sont les plus confortables pour l'administration fédérale.

Philosophie de régulation : d'où venons-nous ?

Si un archéologue déterrait les visions différentes du monde sur lesquelles se base la régulation des marchés publics, il devrait, grosso modo, distinguer trois couches sur la carte et inventorier ses découvertes en les assortissant d'une annotation correspondante. Il y a dans ce domaine deux changements de paradigme importants. Dans les années 1980, en Suisse, le contexte était, en simplifiant un peu, pesant, protectionniste et encroûté dans des pratiques collusoires propices au favoritisme. Et pourtant, il existait déjà des procédures d'adjudication car la «best value for money» et les idées de bonne gouvernance étaient aussi parfaitement pertinentes. En pesant le pour et le contre, on se disait que le protectionnisme pouvait coûter jusqu'à 5 pour cent de plus, mais ne devait pas non plus, dans la mesure du possible, dépasser ce pourcentage. C'était cependant un problème de l'autorité adjudicatrice, qui ne concernait pas les soumissionnaires, raison pour laquelle, à la différence du marché intérieur européen, il n'existait non plus aucune protection juridique. C'est la couche archéologique 1.

Le néolibéralisme des années 1990 a réagi à ce contexte avec des concepts d'ouverture du marché afin d'intensifier la concurrence. C'est la couche archéologique 2. Il s'agit maintenant d'ouverture du marché, de concurrence et d'argent et uniquement de cela. L'intégration d'objectifs à plus long terme sous le mot-clef «aspects étrangers à l'adjudication» («vergabefremde Aspekte») était donc, à première vue, déjà suspecte; la «loi de pureté» («purity principle») de l'ouverture du marché s'appliquait. Après l'échec de la votation sur l'EEE, une solution de remplacement a été trouvée avec le suivi d'une stratégie de

renouvellement de l'économie de marché limitée à la Suisse, comportant la loi sur le marché intérieur et la loi sur les cartels. L'adhésion à l'OMC et l'accord de l'OMC sur les marchés publics allaient parfaitement avec. Cela a amené la première loi sur les marchés publics pour la Confédération et un accord inter-cantonal correspondant pour les cantons et aussi et surtout la protection juridique pour les soumissionnaires évincés, avec l'entrée en jeu de la justice. C'était un changement de paradigme que l'administration fédérale a au début eu du mal à digérer. Elle a même tenté de négocier avec la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics de l'époque sur la question de l'effet suspensif car elle aurait voulu avoir la possibilité de créer un fait accompli liant l'autorité judiciaire en concluant le contrat avec l'adjudicataire. Les juristes des années 1990 ont, pour l'essentiel, repris l'approche néolibérale des économistes. Cette manière de penser selon la couche 2 est absolument compréhensible en réaction à la couche 1, mais va au-delà de son objectif et s'est avérée trop peu compatible avec une intégration dans l'ensemble du système juridique. Quelques juristes ont donc commencé à développer une logique de régulation plus indépendante de l'économie.

Philosophie de régulation : qu'est-ce qui nous réservera l'avenir ?

D'après la Constitution fédérale de 1999, le développement durable devient un objectif de l'État, et c'est ainsi que naissent les premières réflexions relatives à la logique de régulation constituant la couche 3, qui peut être décrite par les mots-clés gouvernance, qualité, durabilité et innovation. La couche 3 est caractérisée par le fait qu'atteindre les objectifs politiques par le biais des marchés publics n'est plus considéré comme purement et simplement négatif. C'est en Europe que cela devient le plus évident. La directive 2014/24/UE concerne le «strategic use of public procurement», afin de pouvoir de cette manière atteindre les objectifs de durabilité de la stratégie «Europe 2020». De la sorte, les conceptions de régulation au sens de la couche 2 ne doivent pas être abandonnées, mais relativisées dans le sens d'une pondération équilibrée. La révision du droit des marchés publics internationaux va aussi dans le même sens. Le Government Procurement Agreement de l'OMC révisé met à l'abri de toute contestation le «Green Public Procurement», c'est-à-dire la protection de l'environnement et l'innovation écologique par la demande publique. Le symposium de l'OMC du 22 février 2017 sur les marchés publics durables a également documenté une volonté de changement portée par le Canada et l'Europe concernant les aspects sociaux. La ligne directrice de la couche 3 est la cohérence politique et celle du système juridique. Cela signifie que s'il est inscrit dans la Constitution fédérale que le développement durable est un objectif de l'État, cela conduit à ce que l'on ne peut en aucun cas empêcher juridiquement les marchés publics durables dans une mesure correspondante à la logique de la « loi de la pureté » selon la couche 2. L'État doit adopter une stratégie de responsabilité sociale entrepreneuriale (« CSR ») d'office. L'Office fédéral d'armement armasuisse a dans ce sens reconnu depuis longtemps que l'achat des uniformes n'est pas seulement une question d'argent, mais aussi de gestion des risques pour sa réputation. Et la concurrence axée sur la qualité redevient un thème d'actualité. La simple concurrence axée sur le prix correspond donc à la logique de la couche 2 car le prix

est le plus facile à évaluer et parce que l'économie aussi focalise beaucoup sur la concurrence axée sur le prix. Des offres relevant du dumping sont expressément souhaitées. Par contre, selon la logique de la couche 3, la concurrence axée sur le prix a une utilité marginale (« Grenznutzen »). Et la corrélation entre qualité et innovation est reconnue. Aucun défenseur de la couche 2 ne dirait qu'il est opposé à l'innovation. Le fait est cependant que la seule concurrence axée sur le prix de vente crée des incitations négatives pour l'intégration d'aspects importants à long terme si les externalités ne sont pas aussi internalisées au sens d'un calcul complet des coûts au-delà du total cost of ownership ou ne sont pas prises en compte sous la forme d'aspects qualitatifs. En outre, du point de vue des soumissionnaires, il est parfaitement clair que seules des solutions conventionnelles sont demandées dès l'instant où le prix est pondéré trop haut. Mais l'innovation est aussi souvent financièrement plus avantageuse. Dans leurs offres, les soumissionnaires innovants attirent expressément l'attention du pouvoir adjudicateur sur le fait que l'on pourrait avoir mieux et plus innovant qualitativement parlant si la demande était moins gouvernée par le prix et moins pré-structurée. Afin de pouvoir mieux comparer les prix, ce sont souvent des appels d'offres ayant comme objet des projets partiels impliquant une solution «boiteuse». Il y a cependant innovation par le renoncement délibéré à un cahier des charges détaillé allant dans le sens d'un appel d'offres fonctionnel en totalité ou en partie, dans lequel est seulement décrit l'objectif à atteindre sans imposer précisément la façon où le chemin d'y parvenir. Et même si cela pourrait être jugé surprenant au premier abord, une offre financièrement plus avantageuse et plus durable peut souvent l'emporter dans ces conditions. En ce qui concerne la question de l'offre économiquement la plus avantageuse, il est intéressant de constater que le droit suisse des marchés publics en vigueur depuis le milieu des années 1990 (art. 21 LMP), grâce à une intervention parlementaire, vise déjà la concurrence axée sur la qualité, à la différence du droit européen de l'époque. Cependant, comme les acteurs savent intuitivement que le droit des marchés publics est un outil de la logique de régulation conforme à la couche 2 et pensent que l'on peut justifier extrêmement facilement la prise en compte de l'offre la moins chère, une culture d'adjudication (« Vergabekultur ») caractérisée par la concurrence axée sur le prix s'est, contrairement à l'objectif de l'art. 21 de la LMP, instaurée presque un peu partout dans le cadre de la marge de manœuvre expressément accordée à l'administration. Cela dérange évidemment les associations économiques, dont les adhérents soumissionnent en Suisse et peuvent mieux affronter la concurrence axée sur l'innovation et la qualité que la concurrence axée sur le prix. À la différence d'économiesuisse, qui postule une «loi de pureté», selon laquelle les arguments de la couche 2 sont expressément et seuls jugés pertinents, elles se positionnent désormais très clairement en faveur de la logique de régulation de la couche 3. Et ce qui arrive en plus au sein de l'OMC, de l'UE et également en Suisse avec la couche 3, c'est la reconnaissance du fait que la bonne gouvernance dans le secteur public et la prévention de la corruption ne sont pas seulement des moyens nécessaires à l'ouverture du marché, mais que l'intégrité et la crédibilité des pouvoirs publics doivent être considérées comme un objectif de la loi indépendant. Par conséquent, la transparence et une

protection juridique efficace conforme à cette conception ne sont pas seulement utiles pour la concurrence, mais aussi pour la bonne gouvernance. Au niveau de l'État, le goodwill n'est certes pas budgétisé dans les comptes du groupe, mais il peut tout de même la perdre et les pertes correspondantes peuvent lui coûter cher.

Des conflits d'objectifs peuvent exister entre promotion de l'innovation et bonne gouvernance ou la prévention de la corruption. En Suisse, nous pouvons parfaitement nous permettre, compte tenu de nos standards de gouvernance, d'accorder à l'administration, en tant que pouvoir adjudicateur, des marges de manœuvre, même si cela ne correspond pas à l'argumentation habituelle de Transparency International, conçue pour des systèmes totalement corrompus. Ce n'est pas une culture de l'adjudication faisant du processus d'achat une chaîne de décisions «cover my ass» [*protégeant ses arrières*] qui est demandée, mais, en dépit des critères de compliance, à mettre en place à l'aide d'impulsions de direction un système d'incitations, qui récompense le fait de poser la question du sens et d'assumer ses responsabilités. En même temps, on ne peut pas non plus accepter le fait que les acteurs du secteur public s'abritent parfois derrière les contraintes légales là où les responsables des adjudications doivent défendre leurs «policy choices», par exemple entre la concurrence axée sur la qualité et la concurrence axée sur le prix, dans le cadre de leur marge de manœuvre.

Conclusion

Le fait que la CER-N ait précisé le projet du Conseil fédéral de loi fédérale sur les marchés publics du 15 février 2017 dans un sens mettant l'accent sur la concurrence axée sur la qualité et souhaite, après de vifs débats, conformément au communiqué de presse du 28 mars 2018, défendre le critère d'adjudication «durabilité», n'est pas, au vu de la composition du Conseil national, le résultat de manœuvres souterraines de la gauche. C'est plutôt le passage de la logique de régulation de la couche 2 à celle de la couche 3, qui vient d'être décrite, achevé depuis longtemps parmi les nations industrielles, à savoir surtout dans le contexte européen, qui vient ainsi d'avoir lieu. C'est aussi explicitement utile pour le site industriel suisse, ce qui a été de plus en plus clairement admis au cours des dernières années. Dans le cas contraire, par exemple, constructionsuisse, SIA, usic, lignum et swiss textiles ne s'exprimeraient pas d'une manière si indépendante de l'economiesuisse sur ce point. Le défi consistera à faire savoir clairement, en même temps, que nous ne voulons pas revenir au concept de la couche 1, trop fortement marqué par le protectionnisme. La solution réside dans la gestion consciente des conflits d'objectifs. Le cloisonnement de schémas de pensée entiers (par exemple dans le domaine de la durabilité) afin d'éviter les conflits d'objectifs, tel qu'il est à la base du concept de la couche 2, ne permet pas d'atteindre l'objectif voulu et il est loin d'être optimal en ce qui concerne la promotion de l'innovation.

Marc Steiner, juge au Tribunal administratif fédéral (exprime son opinion personnelle) et Thierry Lalive d'Épinay, Senior Partner, hpo ag / 30 avril 2018