

Changement de paradigme dans les marchés publics : qu'est-ce que l'avenir nous réserve ?

Marc Steiner,
Juge au Tribunal administratif fédéral*

*Le conférencier exprime son opinion personnelle.

Ecublens / 5 février 2019

1

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 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 versions des art. 29, 38 et 41 selon la décision des deux chambres du parlement indiquent clairement au Conseil fédéral qu'on souhaite une concurrence axée sur la qualité.

Ecublens / 5 février 2019

2

Structure

- Nouveau sérieux: la conformité au droit des marchés publics est primordiale dans le secteur public
- 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

Ecublens / 5 février 2019

3

Sensibilisation / nouveau sérieux (2012)

BERNE

Eveline Widmer-Schlumpf suspend le directeur de l'Administration fédérale des contributions

Urs Ursprung a été provisoirement suspendu de ses fonctions par Eveline Widmer-Schlumpf. La conseillère fédérale avait demandé l'ouverture d'une enquête en janvier dernier

 Partager

 Tweeter

 Partager



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)



Ecublens, 5 février 2019

7

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 / projet de LMP selon le parlement: gouvernance, concurrence axée sur la qualité, innovation, durabilité

Les objectifs du droit des marchés publics d'après les décisions du Conseil des États sur la nouvelle LMP

Art. 2 LMP-P:

La présente loi vise les buts suivants:

- a. une utilisation des deniers publics qui soit durable sous l'angle de l'économie, de l'écologie et des aspects sociaux;
- b. la transparence des procédures d'adjudication;
- c. l'égalité de traitement [...]
- d. une concurrence équitable et efficace [en particulier par des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption.]

Ecublens / 5 février 2019

9

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)

Ecublens / 5 février 2019

10

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

Al. 1: Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Celle-ci est évaluée en fonction de différents critères, notamment le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère écologique et la valeur technique.

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

Aussi bien le libellé que l'historique de l'art. 21, al. 3 LMP autorisent la conclusion inverse, 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) III

Les mandats publics doivent aller au concurrent le moins cher
(Weltwoche du 24.11.2016, p. 35)



Non! L'offre la plus avantageuse économiquement n'est pas l'offre la meilleur marché!

Ecublens / 5 février 2019

13

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

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?

Ecublens / 5 février 2019

14

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.).

Ecublens / 5 février 2019

15

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)

Ecublens / 5 février 2019

16

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 exige (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.

Ecublens / 5 février 2019

17

Durabilité et concurrence sur les prix I

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. se sont demandé si, en tant que « place de travail Suisse » («Werkplatz Schweiz»), ils ont intérêt à soutenir l'association economiesuisse dans sa lutte contre l'objectif du développement durable.

Ecublens / 5 février 2019

18

Durabilité et concurrence sur les prix II

Communiqué de presse de la CER-N du 28 mars 2018: La CER-N « demande à son conseil, par 16 voix contre 8, que tous les critères proposés par le Conseil fédéral (y compris la durabilité, qui avait été supprimée par la majorité lors de la session de janvier) ainsi que la plausibilité de l'offre et la fiabilité du prix doivent impérativement être pris en compte, à côté du prix et de la qualité. Enfin, la CER-N a décidé à l'unanimité de revenir également à l'article 41. »

La commission s'est prononcée pour le nouveau libellé « offre la plus avantageuse », qui ne doit pas refléter uniquement le meilleur rapport prix/prestations, mais tous les critères mentionnés dans l'article 29, alinéa 1.

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. 12a LMP selon la décision du Conseil des États.

Marge d'appréciation / culture d'adjudication

Le pouvoir adjudicateur a ce que les Allemands appellent le « droit de définir les prestations ». Il décide donc lui-même s'il veut le produit meilleur marché ou le produit de meilleure qualité. Cette décision est également largement à l'abri de tout contrôle judiciaire. Malgré cela, les pouvoirs adjudicateurs se réfugient souvent derrière la loi ou les contraintes qui en découlent là où la loi leur offre une marge d'appréciation, lorsqu'ils font face à des critiques publiques.

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 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.

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), on peut modifier la loi, ce que prévoit le parlement. C'est 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.