

## MARCHÉS PUBLICS EN QUESTION: HIATUS ENTRE LE DROIT ET LES PRATIQUES

Une bonne législation sur les marchés publics n'est pas d'un grand secours si les pouvoirs publics n'exploitent pas leur marge de manœuvre pour intégrer des critères d'adjudication qualitatifs à leurs appels d'offres. Juge au Tribunal administratif fédéral, Marc Steiner nous parle des moyens juridiques permettant de façonner une culture de passation des marchés. Réflexions sur une évaluation basée sur la qualité versus une argumentation fondée sur le prix.

*La SIA défend une concurrence basée sur la qualité au service de l'économicité et de la durabilité: que dit la loi sur les marchés publics ?*

La législation sur les marchés publics a toujours visé l'allocation économique des ressources; cet objectif est ancré aussi bien au niveau fédéral (LMP) qu'à l'échelon cantonal (AIMP). En tant que principe général, l'obligation d'économicité demeure toutefois indéterminée, dans la mesure où elle ne répond pas définitivement à la question de savoir si la passation des marchés doit obéir à une mise en concurrence sur le prix ou sur la qualité.

Il est intéressant de relever que, dans l'avant-projet de révision de la loi fédérale (art. 1 let. a AP-LMP) et de l'accord intercantonal (art. 1 let. a P-AIMP), il est stipulé de manière concordante que l'utilisation parcimonieuse des deniers publics est assurée en tenant compte du développement durable. Or cela change la donne. Les aspects liés à la durabilité renvoient en tous les cas à une qualité – quelle qu'en soit la définition – du produit; un signal est ainsi émis pour la prise en considération de facteurs pertinents à plus long terme, ce qui correspond à la logique d'une concurrence fondée sur la qualité et non sur le prix.

*Que faut-il pour que, dans la foulée de la révision de la loi sur les marchés publics, la mise au concours de prestations qualitatives de nature intellectuelle devienne enfin une réalité ?*

Constructionsuisse, l'usic, la SIA et d'autres ont toujours tenté de trouver une formulation juridique appuyant l'importance

du concours qualitatif – ce qui signifie aussi que la passation des marchés pondère davantage les coûts globaux et que la législation en vigueur ne se borne pas à abaisser autant que possible les dépenses publiques. Le deuxième volet de ce débat porte sur la fixation des critères d'adjudication, lesquels doivent clairement faire comprendre que l'on ne recherche pas l'offre la moins chère, mais celle qui présente le meilleur rapport prix/prestations. Cela implique des critères tels que l'originalité ou la durabilité, par exemple. On fait un pas de plus dans le même sens avec la prise en compte de l'aptitude d'un soumissionnaire pour le marché à adjudger, critère qui a expressément été reconnu comme licite par le Tribunal fédéral. Notons que dans l'UE, les directives ont été modifiées de façon à autoriser explicitement la prise en compte de l'aptitude, ce qui justifie alors un prix plus élevé.

*Faut-il comprendre que la réglementation des critères d'adjudication selon le droit en vigueur pose un problème dans la perspective d'une concurrence qualitative ?*

Non. A mon sens, l'art. 21 LMP est habilement formulé. Et il ressort très clairement de la jurisprudence que l'actuelle loi sur les marchés publics doit être comprise comme privilégiant la concurrence qualitative. De l'art. 21 al. 3 – et selon l'adage voulant que la qualité est toujours ce qu'il y a de meilleur marché à long terme, comme l'a rappelé à ce propos un parlementaire – il découle indubitablement que seule l'adjudication de biens largement standardisés peut se faire exclusivement selon le critère du prix le plus bas.

*Pourquoi, dès lors, voit-on si souvent attribuer un mandat au soumissionnaire le moins cher ?*

Dans le cadre légal, la question de savoir si les responsables au sein d'une entité adjudicatrice tranchent en fonction du prix ou de la qualité relève de leur propre appréciation – et celle du maniement de ce pouvoir discrétionnaire ressort notamment de la pondération accordée aux critères d'adjudication publiés. L'administration se retranche volontiers derrière la loi, mais là où elle dispose de marges de manœuvre justifiées, elle en assume également la responsabilité et procède à ce qu'on appelle des policy choices. Autrement dit, l'approche qualitative en matière de concurrence n'est a priori pas une question de droit, mais relève de la culture appliquée à la pas-



Marc Steiner, juge au Tribunal administratif fédéral (Denis Raschpichler)

sation des marchés. De même, la question du temps et du personnel qualifié mis à disposition pour préparer un projet complexe n'est pas de nature juridique, mais dépend également des impulsions données en matière d'attribution de marchés.

*De quoi souffre cette culture d'attribution ?*

Le préjugé ou la croyance administrative voulant qu'une adjudication est politiquement plus facile à faire passer et à justifier lorsqu'on retient le soumissionnaire le moins cher demeure tenace – et cela ne se limite pas aux politiciens et politiciennes de milice ou aux cadres non spécialisés qui assument la responsabilité d'adjudger de grands projets. Plus grave encore, certains intervenants estiment que, dans l'éventualité d'un recours, ce sera d'autant plus simple que c'est l'offre la plus basse qui l'a emporté. Or j'observe que la justice a depuis longtemps reconnu que des évaluations qualitatives peuvent avoir un poids juridique aussi décisif que l'argument du prix. Conclusion: il faut se garder d'adjudger au moins-disant pour minimiser les risques légaux. Mais il s'agit là d'un débat auquel il faut donner une large assise et qui commande qu'on prenne de la hauteur par rapport aux politiques de passation évoquées au café du commerce. La Suisse a toujours mis en avant le concours qualitatif. Dans ce sens, une passation des marchés publics uniquement axée sur le prix serait une contradiction dans les termes.

*La loi peut-elle être opérante contre la spirale des prix cassés dans le domaine des prestations d'ingénierie ?*

Là où il y a des prix bas, il y a selon toute probabilité des offres qui ne couvrent pas les coûts. Au niveau politico-légal, il peut alors être pertinent de se demander comment on aborde la sous-enchère. Il y a deux possibilités: soit on est convaincu – selon la doxa en vigueur au milieu des années 1990 – que

l'accès garanti au marché et le renforcement de la concurrence sont la réponse à tous les problèmes et, dans ce cas, les prix cassés constituent sinon le but, en tous cas un effet considéré comme négligeable de la réglementation des marchés publics. Ou bien l'on considère que cette spirale négative recèle une utilité marginale, ce qui amène à obliger l'entité adjudicatrice à se pencher plus précisément sur les possibilités de sous-enchérir et à demander des explications complémentaires aux soumissionnaires. Cette approche a tendance à prévaloir au niveau européen. La réglementation suisse (art. 25 al. 4 OMP) semble en revanche davantage inspirée par l'esprit des années 1990 et paraît aussi s'appliquer dans ce sens.

*Quelles sont les principaux motifs de la refonte du droit des marchés publics ?*

L'un des éléments essentiels, qui répond d'ailleurs aussi aux intérêts des soumissionnaires, est certainement la volonté d'harmonisation. Du fait que l'AIMP devient une réglementation notablement plus dense, dont l'articulation recoupe autant que possible celle de la LMP, les soumissionnaires seront fondamentalement soumis au même recueil de règles partout en Suisse, ce qui constitue à n'en pas douter un avantage.

Les négociations sont une autre problématique d'importance. Jusqu'ici, la négociation avec des soumissionnaires est possible au niveau fédéral, mais pas à l'échelon cantonal. Il s'agit donc de trouver une solution concertée sur ce point. Dans le contexte communal, il est clair que des négociations seraient plus susceptibles d'engendrer des abus que dans le cadre d'un service d'achats centralisé au niveau fédéral. Enfin, il y a encore le débat concernant la possibilité de faire vérifier la légalité d'une adjudication par un tribunal.

*Si vous représentiez une association de concepteurs, quelle serait votre ligne de conduite en matière de passation des marchés ?*

Je ferais ce que je perçois comme étant déjà en marche : rechercher plus activement que jusqu'ici à forger des alliances, plutôt que d'en rester aux lamentations traditionnelles. C'est un bon moyen pour attirer l'attention des parlementaires sur les enjeux politiques du droit des marchés publics. Ce qui n'a pas encore été suffisamment fait, c'est de cultiver les échanges avec des associations de concepteurs et d'entrepreneurs européens, afin de leur demander tout simplement comment elles se positionnent face aux mêmes problèmes. La comparaison avec ce que font

d'autres branches est également utile. Ainsi, ce qui m'a personnellement le plus étonné ce sont les progrès obtenus en matière d'attribution des marchés par l'association de branche de l'industrie textile – et avec elle, armasuisse dans le rôle de l'adjudicateur. Cela démontre par ailleurs que le dialogue entre entités adjudicatrices et associations de branche peut s'avérer fructueux. La nouvelle ligne adoptée repose sur la reconnaissance du fait que la pure concurrence sur les prix se traduit par la disparition de soumissionnaires suisses et que les achats publics impliquent aussi une gestion des risques de réputation – pour l'entité adjudicatrice aussi bien que pour les soumissionnaires. D'une manière analogue, l'association faitière de l'industrie allemande a reconnu que la rémunération des innovations écologiques dans le cadre d'acquisitions publiques est une aide parfaitement licite aux ingénieurs allemands en vertu des règles commerciales européennes et mondiales, si bien qu'elle promeut désormais le *Green Public Procurement*, tandis qu'economiesuisse combat l'inscription de l'objectif de durabilité dans la loi sur les marchés publics. Une fois que l'association de concepteurs que j'ai ainsi virtuellement conseillée aura mis en place ce radar stratégique, il reste à mobiliser le courage politique qui devrait logiquement découler des maux répertoriés. Car l'idée d'être lavé sans avoir à se mouiller ne fera en l'occurrence pas avancer les choses.

Toute forme de prise en considération de la qualité accroît les chances des soumissionnaires autochtones et cela est, dans la plupart des cas, absolument conforme au droit.

*Denis Raschpichler, arch. dipl. EPF, responsable Passation des marchés, denis.raschpichler@sia.ch*

L'avocat Marc Steiner est juge au Tribunal administratif fédéral depuis 2007. Dès 2003, il a été collaborateur à temps partiel au secrétariat de la Conférence des achats de la Confédération et, dès 2004, président au Tribunal d'arrondissement II à Aarau. Il publie des ouvrages traitant notamment du droit des marchés publics et il siège au sein du conseil scientifique de l'association économique swisscleantech.

## 2006 – 2016 : SIA-SERVICE FÊTE SES DIX ANS

**Il y a dix ans, la SIA lançait une offre de prestations spécialement dédiée à ses bureaux membres, SIA-Service. Bilan intermédiaire avec Mike Siering, l'un des initiateurs de cette démarche, et David Fässler, responsable de SIA-Service depuis 2014.**

*Qu'est-ce qui vous a poussé, en 2006, à mettre sur pied SIA-Service ?*

Mike Siering : Un sondage mené l'année précédente auprès des bureaux d'études affiliés à la SIA avait révélé un besoin d'information allant au-delà des thèmes relevant uniquement de la construction. Les bureaux étaient surtout désireux d'acquérir des connaissances de base en gestion et en affaires. Sous l'impulsion du président de l'époque, Daniel Kündig, nous avons alors élaboré les premières prestations destinées aux entreprises : conseil en management, enquête sur les salaires et les chiffres-clés, bourse du travail, entre autres. Nos cours axés sur la gestion d'entreprise faisaient aussi initialement partie de l'offre de SIA-Service ; ils constituent aujourd'hui l'un des piliers du programme de formation continue Form.

*Le profil de la SIA a beaucoup évolué depuis 2006. Cela a-t-il également impacté SIA-Service ?*

Mike Siering : En effet, la SIA n'a eu de cesse de se diversifier, ce qui n'a pas été sans incidence sur l'offre de SIA-Service. En outre, certaines prestations ont été améliorées pour un meilleur confort d'utilisation. Ainsi, l'enquête sur les salaires et les chiffres-clés, que nous proposons à l'origine sous la forme d'un dossier, est aujourd'hui accessible en ligne. En quelques clics, les entreprises peuvent comparer leurs indicateurs économiques à la moyenne du secteur. Par ailleurs, nous cherchons à engager activement le dialogue avec les bureaux membres par l'entremise de SIA-Service.

*De quelle manière ?*

David Fässler : Dans le cadre de prestations proposées régulièrement, telles que les enquêtes sur les chiffres-clés et les salaires, ou les solutions d'assurance à des conditions avantageuses, de nombreux contacts se nouent automatiquement avec les membres et ceux qui souhaitent le devenir.

Une fois par an, nous organisons un échange d'expérience, format qui a fait ses preuves au cours des années. A cette occasion, nous invitons un intervenant à s'exprimer sur un sujet spécifique, par exemple la manière de mener un entretien délicat, devant 10-12 bureaux membres – un nombre volontairement restreint. En effet, cela permet de créer un cadre favorable à l'échange : les participants se sentent plus à l'aise pour parler de leurs difficultés ou poser des questions. Le dîner SIA en l'honneur des chefs d'entreprise, qui réunit jusqu'à cent person-