

La nouvelle législation sur les marchés publics – un changement de paradigme ?

Marc Steiner,
Juge au Tribunal administratif fédéral*

*Le conférencier exprime son opinion personnelle.

Structure de la présentation

- Qu'y a-t-il de spécial dans la réglementation des marchés publics?
- Révision de la LMP et de l'AIMP
- Les trois visions (couches) possibles
- Offre la plus avantageuse / concurrence axée sur la qualité et le prix (art. 41 LMP)
- L'achat public durable selon la nouvelle législation
- Intégrité et gouvernance

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

A la différence du droit administratif économique « 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
- Plus important pour le futur:
Gouvernance / prévention de la corruption
- Plus important pour le futur: Concurrence basée sur la qualité / innovation / durabilité

La mise en oeuvre de l'Accord sur les marchés publics OMC 2012

Préambule:

[...]

Reconnaissant qu'il est important que les mesures en matière de marchés publics soient transparentes, que les marchés soient passés d'une manière transparente et impartiale, et que les conflits d'intérêts et les pratiques frauduleuses soient évités, conformément aux instruments internationaux applicables, tels que la Convention des Nations Unies contre la corruption

La mise en oeuvre de l'Accord sur les marchés publics OMC 2012

MARCHÉS PUBLICS: SYMPOSIUM – GENÈVE 22 FÉVRIER 2017

Symposium sur les marchés publics durables

Programme de Travail du Comité des Marchés Publics sur les Marchés Publics Durables⁽¹⁾

Centre William Rappard (Siège de L'OMC), Salle W

Genève, 22 février 2017

> Speaker's Bios

Programme

Mercredi 22 février 2017, matin

08h30 Inscription et procédures de sécurité

09h00 Ouverture officielle du symposium

Horaire	Thème	Intervenant
09.00 – 09.10	Remarques liminaires Discours	Mr Xiaozhun Yi, Directeur général adjoint, OMC

Lausanne / 13 mai 2022

Attention: préimplication



Audition d'experts, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Bruxelles, mai 2011

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

« 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)

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

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.).

La directive 2014/24/UE I

[Interview] Vers une directive Marchés publics 2024... ? Peu probable !

Info du jour

📅 09/02/2022 👤 Mathieu Laugier

partager : ✉ 0 Commentaire

- Cet article fait partie du dossier : [Directive 2014/24/UE](#)

SOMMAIRE ▾

Le Comité européen des régions livre ses réflexions sur la directive 2014/24/UE relative à la passation des marchés publics, et sur son devenir. Le Plan de relance européen, et son objectif de transition écologique, pourrait conduire à revoir ce texte afin que le cadre juridique soit à la hauteur de cette ambition. Les acheteurs publics français s'avèrent confrontés à des préoccupations et des problématiques similaires que celles de leurs homologues européens...

Lausanne / 13 mai 2022

Green Public Procurement comme partie indispensable de chaque concept du style “Green New Deal”

COM 2019(640) final

2.1.3. Mobiliser les acteurs de l'industrie en faveur d'une économie circulaire et propre

Les pouvoirs publics, y compris les institutions de l'Union, devraient montrer l'exemple et effectuer des achats respectueux de l'environnement. La Commission proposera de nouvelles mesures législatives et des orientations en matière d'achats publics écologiques.

La directive 2014/24/UE II

14.5148

HEURE DES QUESTIONS. QUESTION

Des marchés publics axés davantage sur la durabilité en Suisse également?

Déposé par:



MOSER TIANA ANGELINA

Groupe vert'libéral
Parti vert'libéral

Date de dépôt:

12.03.2014

Déposé au:

Conseil national

Etat des délibérations:

Liquidé

⊖ TEXTE DÉPOSÉ

Le Parlement européen a récemment adopté de nouvelles dispositions en matière de marchés publics, qui tiendront désormais compte des trois dimensions du développement durable et permettront de prendre en considération le processus de production et de commercialisation. A la faveur de la révision en cours de la loi fédérale sur les marchés publics, la Suisse aurait aussi la possibilité d'emboîter le pas au Parlement européen.

Le Conseil fédéral est-il prêt à créer les conditions nécessaires à des appels d'offres conformes à ces dispositions et à la mise en place de contrôles?

Lausanne / 13 mai 2022

L'harmonisation du droit des marchés publics comme but de la révision

Outre la mise en œuvre de l'AMP 2012 (droit des marchés publics OMC), l'un des principaux objectifs de la révision était d'harmoniser autant que possible et lorsque cela était pertinent les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics (LMP/AIMP). Cette harmonisation était demandée par l'économie depuis plusieurs années, l'hétérogénéité du droit actuel constituant une source d'insécurité juridique et de procédures coûteuses.

L'innovation comme sujet de la réforme du droit des marchés publics au niveau européen (2014)

Considérant 95 quant à la directive 2014/24/UE:

[La durabilité est importante.]

À cet égard, il convient de rappeler que les marchés publics sont **essentiels pour promouvoir l'innovation**, qui est très importante pour la croissance future en Europe.

La durabilité – art. 2 de la Constitution fédérale

Art. 2 But

¹ [...]

² [La Confédération suisse] favorise la prospérité commune, **le développement durable**, la cohésion interne et la diversité culturelle du pays.

³ [...]

⁴ Elle s'engage en faveur de **la conservation durable des ressources naturelles** et en faveur d'un ordre international juste et pacifique.

Dans le cadre dudit article de la constitution, la notion de la durabilité est utilisée dans un sens exhaustif incluant les trois dimensions.

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



Lausanne, 13 mai 2022

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, protectionnisme et accords de cartel
- 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 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 (ATAF 2018 IV/6 cons. 3)

L'offre la plus avantageuse économiquement selon l'art. 21 de l'ancienne LMP

Selon l'ancien droit le marché a été adjudgé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avanteuse **économiquement**. Cette formule a prêté à malentendu dans le sens d'une compétition axée sur le prix.

Les soumissionnaires se sont basés 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 avec l'accent mis sur le prix?

L'offre la plus avantageuse selon l'art. 41 LMP/AIMP 2019

Selon l'ancienne comme selon la nouvelle réglementation sur les marchés publics (art. 41 LMP 2019 "l'offre la plus avantageuse") le pouvoir adjudicateur jouit d'une marge d'appréciation en pondérant les critères d'adjudication. Elle peut aussi se servir des spécifications techniques pour montrer combien la qualité est importante en cas d'espèce.

Le problème n'est donc à cet égard pas la loi, mais la culture de la passation des marchés publics ("Vergabekultur"). L'art. 41 LMP 2019 vise à changer cette culture.

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 décidé en tant que « place de travail Suisse » («Werkplatz Schweiz»), qu'ils ont aucun intérêt à soutenir l'association économiquesuisse 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 quelques conventions de l'OIT; c'est ce qui explique les majorités pour l'art. 12 al. 2 LMP (cf. récemment 22.3019 CER-N).
- 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?



Durabilité et compétition axée sur la qualité

Art. 56 al. 3 LMP:

L'opportunité d'une décision ne peut être examinée dans le cadre d'une procédure de recours.

-> Culture d'adjudication

Art. 29 al. 1 LMP:

L'importance des critères d'adjudication qualitatives est soulignée.

Art. 41 al. 1 LMP:

Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse.

-> Compétition axée sur la qualité

Art. 12 al. 2 LMP /
Art. 4 al. 2 OMP:
La protection des
travailleurs (aussi à
l'étranger) comme
standard minimum

Art. 38 al. 3 LMP:
Traitement des
offres avec prix
anormalement
bas

Art. 12 al. 3 LMP /
Art. 4 al. 3 OMP:
Respect du droit de
l'environnement (aussi à
l'étranger) comme
standard minimum

Preventing Corruption and Fostering Sustainability – Conflicting Goals?

The amount of leeway therefore tends to depend on how much discretion the contracting authorities can be granted without actually promoting corruption. The appropriate margin of discretion can be defined by assessing the level of maturity/governance of a country (cf. publication Elisabeth Lang/Marc Steiner on preventing corruption).

Recommandations de la CA et de la KBOB aux responsables des services d'achat et des services demandeurs en vue de l'application de la stratégie de l'administration fédérale en matière d'acquisitions

Berne, juin 2021

1. acquisitions axées sur la qualité;
2. acquisitions durables;
3. acquisitions innovantes;
4. acquisitions favorables aux soumissionnaires;
5. processus d'acquisition numériques, standardisés et conviviaux;
6. réforme des rapports.

Les services d'achat et les services demandeurs sont chargés de prendre les mesures qui s'imposent pour atteindre les objectifs stratégiques fixés par le Conseil fédéral. Il leur revient de contribuer de manière décisive à l'application du droit des marchés publics totalement révisé et à l'atteinte des objectifs stratégiques du Conseil fédéral.

La CA et la KBOB recommandent en ce sens de transposer les axes et objectifs de la stratégie fédérale en matière d'acquisitions dans l'unité d'organisation concernée et de définir, sur cette base, des objectifs stratégiques et opérationnels spécifiques. À cet effet, il est possible d'appliquer les mesures suivantes:

1^{er} échelon: stratégie

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 de prendre en compte les différences quant à la qualité proposée par les soumissionnaires.

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" (Lufthoheit) dans la politique du droit des marchés publics, afin de promouvoir une culture d'adjudication adéquate. L'avarice n'est pas cool! Et la gouvernance doit gagner sa place. La durabilité est dorénavant un objectif de la loi. Finalement la capacité du secteur public de promouvoir l'innovation est pour le futur indispensable.