Révision de la LMP: une grosse surprise?

publié le 19.12.2018, l'auteur: Marc Steiner

Quand il s’agit de réglementer l’achat public, la libéralisation et l’argent ont leur importance. Mais d’autres objectifs, comme la prévention de la corruption et la durabilité, joueront aussi un rôle lorsque le Conseil des États débattra en décembre de la nouvelle loi sur les marchés publics.

Pour de nombreuses sociétés membres de procure.ch, postuler pour des marchés publics fait partie du quotidien. Elles soumettent leurs offres dans toute la Suisse quand l’occasion se présente.

L’adjudication de marchés publics suisses est réglementée à trois niveaux. A l’échelle internationale, c’est surtout l’accord de l’OMC sur les marchés publics (AMP, 1994) qui est déterminant. La Confédération n’a «que» la compétence de réglementer à l’échelle fédérale, ce qu’elle fait par l’intermédiaire de la loi sur les marchés publics (LMP).

Au niveau cantonal, c’est l’Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), ainsi que des dispositions cantonales et communales, qui définissent le cadre légal. Cette fragmentation de la législation entre Berne et les cantons est souvent l’objet de critiques.

Objectif harmonisation

Le but principal de la révision totale de la LMP (et parallèlement de l'AIMP) est l'harmonisation des règlements fédéraux et cantonaux en matière de marchés publics. Complémentairement, le Conseil fédéral a également adopté le message concernant l'accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP) révisé en 2012. L'effort d'harmonisation est maintenant incontesté. Le chemin pour y parvenir n'est pas (plus) une loi-cadre, mais, dans la mesure du possible, les concordances entre les textes de la LMP et de l'AIMP.

On tient ainsi compte des intérêts de l'économie soucieuse avant tout d'éviter une certaine «fragmentation juridique». Il s'agit d'empêcher que les acteurs soient confrontés sur le terrain à plusieurs cadres juridiques. Cela est d'autant plus important si l'on songe à la portée économique des marchés publics.

La Confédération, les cantons et les communes, sans oublier les entreprises des secteurs de l'énergie et des transports qui en dépendent, achètent par année pour plus de 40 milliards de francs, dont environ la moitié concerne des travaux de construction.

Etat actuel

Lentement mais sûrement, l'épique projet législatif approche de la ligne d'arrivée. Le 13 juin 2018, le Conseil national s'est conformé au message du Conseil fédéral sur la révision de la loi sur les marchés publics et, selon un communiqué de presse du 2 novembre 2018, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des États (CER-E) l'a également discutée article par article.

Le calendrier des sessions du Conseil des États prévoit l'examen du projet de loi en séance plénière courant décembre. Rien ne laisse présager qu'il pourrait être mis en danger par des intérêts contraires. Sur des points secondaires, la chambre haute pourrait toutefois arriver à d'autres solutions que le Conseil national, ce qui entraînerait une procédure parlementaire d'élimination des divergences. Dès que la loi fédérale existera – si tout va bien, dans la première moitié de 2019 –, la révision de l'AIMP suivra.

Plus que l'ouverture des marchés

Au milieu des années 90, les néophytes que nous étions alors, avaient appris à énumérer par cœur les quatre objectifs classiques: rentabilité, concurrence efficace, égalité de traitement et transparence. Le droit des marchés publics se comprenait alors essentiellement comme un instrument de libéralisation. C'est toujours le cas aujourd'hui, même si la nouvelle LMP interprète différemment cette fonction. Les objectifs sont maintenant formulés plus largement et la loi se fixe de nouveaux buts, notamment en matière de prévention de la corruption. Dans les années 90, il était clair que la lutte contre la corruption ne relevait pas du mandat de l'OMC et que donc, selon la même logique, la question ne dépendait pas du droit économique public. La révision du Government Procurement Agreement en 2012 a radicalement changé la donne. Au vu des derniers jugements du Tribunal pénal fédéral sur la corruption dans les marchés publics, en Suisse aussi, nous avons de bonnes raisons de prendre au sérieux cette nouvelle orientation.

Qualité et durabilité

Conformément à l'Art. 2 de la nouvelle loi, le Conseil fédéral et le Parlement s'accordent à dire que celle-ci sert les objectifs économiques, écologiques et sociaux durables des moyens publics.

Par ailleurs, le Conseil national souhaite mettre l'accent sur la dimension économique. Qu'il en aille ou non ainsi, au regard de la pensée économique et du droit commercial des années 90, cela n'avait rien d'évident, mais cela le devient dans l'optique de la Constitution fédérale de 1999. Le législateur fait de la durabilité un objectif alors que, dans la pure logique de libéralisation des années 90, elle était un objet de perturbation, étrangère donc à l'adjudication, ou alors simple feuille de vigne masquant des velléités protectionnistes. On assiste là à un changement de paradigme, sans qu'il faille pour autant nier que les pouvoirs adjudicateurs seront confrontés à des objectifs contradictoires en pondérant des intérêts publics divergents. Il s'agira d'en tenir compte dans le cadre des marges de manœuvre que la loi offre délibérément à l'administration. Mais comment en est-on arrivé là?

Dans son œuvre la plus célèbre, Erich Maria Remarque se demandait déjà comment la bouse de vache pouvait finir sur le toit. La réponse se trouve dans l'expression «concurrence qualitative». S'exprimant devant la chambre basse, le Conseiller fédéral Ueli Maurer a souligné avec pertinence que l'article définissant les buts de la loi mettait au même niveau le prix et la qualité. Cette intervention a reçu l'appui de la majorité du Parlement qui a reconnu par là qu'il y avait bien des effets de synergie entre la concurrence qualitative, l'aide à l'innovation et la durabilité.

Conclusion

On peut en déduire que l'objectif de durabilité (et l'idée de prévenir la corruption) n'est plus conçu, même du point de vue politique du droit des marchés, dans une «optique de gauche».

A ce propos: la culture de l'adjudication s'adaptera avant même l'entrée en vigueur de la nouvelle loi car l'Art. 21 de l'actuelle LMP s'interroge déjà sur le meilleur rapport qualité-prix et non sur le meilleur prix. Trop d'acheteurs dans le secteur public pensent encore aujourd'hui que retenir l'offre la moins chère est le meilleur moyen de la faire accepter par leurs supérieurs, les juristes et les politiciens. Le nouveau dicton devrait plutôt être: l'avarice est un vice!

Marc Steiner

Le juriste est juge au Tribunal administratif fédéral à Saint-Gall depuis 2007. Le service auquel il appartient s'occupe, entre autres, des cas relevant du droit des marchés, des marques et des cartels. Marc Steiner s'exprime ici en son nom propre.

IMPRIMER **PARTAGER** **PARTAGER**

Thèmes et mots-clès

Marchés publics Approvisionnement strategique