

Comment faire de la mise en œuvre du droit
des marchés publics révisé une véritable

trans forma tion?

À l'occasion de son intervention dans le cadre du salon Swissbau 2024, Cristina Schaffner, directrice de l'association faîtière Constructionsuisse, a fait remarquer qu'en l'état actuel des choses, c'est comme si nous avancions avec le frein à main serré. Un fait d'autant plus remarquable que le nouveau droit des marchés publics ouvre un boulevard en termes de marge de manœuvre. L'image évoquée par Cristina, votre soussigné l'a donc reprise à son compte¹, en la complétant: les pouvoirs adjudicateurs avancent en partie avec le frein à main serré, et ce malgré le vent en poupe. Mais ceci ne doit pas être une fatalité, comme nous allons le voir.

Débat sempiternel autour du changement de paradigme

Si après la finalisation de la révision du droit des marchés publics en juin 2019, le puissant lobby de la construction pouvait se féliciter de sa victoire², des interrogations n'ont pas tardé à voir le jour: la nouvelle loi n'apporte-t-elle au final que de légers ajustements ou faut-il y voir un véritable changement de paradigme? Nous sommes certainement tous au fait de l'opinion à ce propos de Mario Marti en tant que juriste et secrétaire général de suisse.ing³. Or l'opinion contraire selon laquelle auparavant déjà, il n'y avait pas de véritable obligation légale de prendre en compte l'offre la moins chère, a elle aussi été très largement exprimée. Et qu'en réalité, les incitations erronées créées par les pouvoirs adjudicateurs ne résultaient pas de règles légales incorrectes.

Néanmoins, il existe désormais un consensus qui veut que la notion d'«offre la plus avantageuse» – laquelle doit remporter l'adjudication – clarifie pour tout le monde le fait qu'il n'est pas ici (uniquement) question de prix. Dans la foulée s'est invité dans le débat le concept d'une «culture de l'adjudication», soulignant qu'au-delà de la question de la concurrence qualitative, il s'agit avant tout de savoir si et comment les marges de manœuvre préexistantes et nouvellement ouvertes peuvent être utilisées pour mettre en œuvre le nouvel objectif législatif de la «durabilité» dans les appels d'offres. Petit conseil marketing à cet égard à l'attention des architectes et des ingénieurs: l'expression «culture du bâti» est bien ancrée dans votre secteur. Il ne nous reste plus qu'à associer «culture du bâti» et «culture de l'adjudication», et d'en montrer les recoupements aux personnes en charge des marchés publics. Autrement dit, une «culture du bâti» dans le secteur public passe par la mise en place d'une «culture de l'adjudication».

¹ «Il garde un œil sur le gouvernement fédéral: la carrière extraordinaire du juge administratif fédéral et expert en droit des marchés publics Marc Steiner» (weblaw)

² «Le droit des marchés publics révisé – une appréciation» (Constructionsuisse)

³ «Changement de paradigme en droit des marchés publics», Mario Marti (Schulthess)



Pourtant, cet aspect reste au second plan. La grande question demeure celle du changement de paradigme, ressassée à en lasser l’auteur de ces lignes. Et ce pour la raison suivante: depuis l’entrée en vigueur de la révision du droit des marchés publics au niveau fédéral le 1^{er} janvier 2021, plusieurs objets ont eu un impact significatif sur les marchés publics – pensons à la loi sur le climat (dont l’art. 10 rappelle le rôle de modèle du secteur public dans l’atteinte des objectifs climatiques), au projet de développement de l’économie circulaire et à la loi fédérale relative à un approvisionnement en électricité sûr. Or il est indéniable que ni la politique climatique, ni l’économie circulaire, ni la transition énergétique ne pourront aller de l’avant sans une véritable transformation en matière de passation des marchés publics. Et c’est pourquoi il est également évident que la somme de ces quatre textes législatifs indique en soi un changement de paradigme. L’on peut donc – et c’est ainsi que j’argumenterais dans le cadre d’une décision de justice – laisser ouverte la question de savoir si la révision du droit des marchés publics aurait pu à elle seule être considérée comme un changement de paradigme. En espérant que l’on puisse enfin se tourner vers de nouveaux sujets.

Que faire pour desserrer le frein à main?

Pour le dire d’emblée, j’ai le plus grand respect pour la tâche des pouvoirs adjudicateurs. Et si un chef d’administration devait me dire qu’il va dans un premier temps réduire d’un certain pourcentage la pondération du prix afin de tester l’applicabilité et la pertinence des nouveaux critères qualitatifs en termes de méthode d’évaluation, et réajuster dans un second temps ladite pondération, je peux tout à fait le comprendre – pour autant que n’est pas remise en cause l’orientation commune vers l’objectif de transformation.

Ce qui me préoccupe, c’est le discours de certains directeurs d’offices fédéraux ou de certains cadres au sein de départements de la construction cantonaux qui me disent plus ou moins clairement, ou plus ou moins à mots couverts, que le droit des marchés publics révisé repose sur une base volontaire et que, de facto, rien de tel ne se produira chez eux. Si ces acteurs (majoritairement des hommes) devaient s’en sortir par cette pirouette, l’ensemble du projet de révision du droit des marchés publics s’apparenterait à une sorte d’écoblanchiment institutionnalisé à grande échelle. Or cela ne peut être! Et encore moins à l’échelon fédéral, qui se doit d’être particulièrement ambitieux, conformément à l’art. 10 de la loi sur le climat et à la stratégie de la Confédération en matière d’acquisitions.

«Or il est indéniable que ni la politique climatique, ni l’économie circulaire, ni la transition énergétique ne pourront aller de l’avant sans une véritable transformation en matière de passation des marchés publics.»

«La grande vague de recours annoncée ne s’est de loin pas produite.»

Mettre en place les bonnes incitations: qu’est-ce à dire concrètement?

La nouvelle loi sur le droit des marchés publics n’a pas été expliquée une seule mais bien des centaines de fois. Dans la profondeur du système fédéral, cette première série de présentations itinérantes reste toujours nécessaire, mais elle doit dépasser la simple vue d’ensemble de la révision. Il faut surtout faire mieux connaître l’aide à l’exécution TRIAS⁴ et la plate-forme de connaissances sur les achats responsables⁵. Il reste que de nombreux praticiens du droit ont également peur des recours.

Sur ce point, il y a lieu tout d’abord de relever que, contrairement à toutes les prévisions pessimistes de sceptiques vis-à-vis de la révision (tous sexes confondus), les tribunaux administratifs n’ont pas été submergés par le volume des affaires suite à l’entrée en vigueur du nouveau droit – la grande vague de recours annoncée ne s’est de loin pas produite. Et ensuite de démontrer que la jurisprudence du Tribunal fédéral et des tribunaux administratifs s’aligne sur la nouvelle loi – Constructionsuisse a organisé le 19 août dernier un webinaire dans ce but⁶.

Mais la deuxième série de présentations itinérantes n’est qu’un début. Viendront ensuite les classiques que sont les stratégies d’acquisition, le dialogue sectoriel et le monitoring⁷. À l’exemple de l’Autriche, il convient de disposer – à l’échelon fédéral au moins – de directives spécifiques à chaque catégorie de produits, de sorte que certaines questions soient réglées une fois pour toutes (achat de bois provenant de la sylviculture durable, etc.). Mes yeux brillent à la pensée de l’avenir du Big Data dans les marchés publics et du moniteur des adjudications de Constructionsuisse⁸. Car ce qui est mesuré est aussi encadré politiquement⁹. Attelons-nous au travail!

⁴ TRIAS – Guide pour les marchés publics (trias.swiss) ⁵ PAP – Plate-forme de connaissances sur les achats publics responsables (woeb.swiss) ⁶ Webinaire sur le droit des marchés publics (vimeo) ⁷ Interview de Marc Steiner avec *die baustellen* (Haute école spécialisée bernoise) ⁸ Moniteur des adjudications du secteur suisse de la construction (Constructionsuisse) ⁹ «Beschaffungspraxis unter der Lupe» (swissbau)

