

AVIS DE LA COMMISSION DES MARCHES PUBLICS

Concerne : Primes ou avantages en tant que critère d'attribution – conformité

Lors de sa réunion du 28 janvier 2019, la Commission des marchés publics a examiné la demande d'avis formulée par la Ministre de la Santé publique.

La Ministre de la Santé publique s'interroge sur la compatibilité avec la réglementation des marchés publics de certaines pratiques de certains hôpitaux. Ces derniers octroient des avantages et primes en tant que critère d'attribution. Ces avantages sont liés à des services supplémentaires prestés dans le cadre de marchés de fourniture de médicaments. Ces services sont notamment des études scientifiques, des brochures à destinations des patients, du soutien aux médecins qui prescrivent les médicaments, des formations du personnel infirmier et des logiciels de gestion.

Au préalable, les membres estiment qu'il n'est pas de la compétence de la Commission des marchés publics de se prononcer sur la conformité des pratiques décrites dans la demande avec l'article 10 de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments. Selon le représentant de l'UNIZO, la question de savoir si les avantages et primes susmentionnés enfreignent effectivement l'article 10, qui est en l'espèce une « lex specialis » par rapport à la législation sur les marchés publics, est également pertinente pour le présent avis, puisqu'il s'agirait dans ce cas de critères d'attribution « illégaux ». Il invite dès lors la Ministre de la Santé publique à prendre une position concrète sur chacune des pratiques mentionnées à la lumière de l'article 10 précité.

Sur la conformité avec la réglementation des marchés publics, la Commission des marchés publics n'est pas compétente pour trancher des cas concrets. Ce serait d'autant plus le cas si des litiges sont en cours.

La Commission des marchés publics se limite dès lors à rappeler les règles applicables.

Dans un premier temps, il convient de rappeler que c'est l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics qui règle les critères d'attribution. Cette disposition prévoit que l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur peut être déterminée par des critères d'attribution tels que le service après-vente ou l'assistance technique. Le considérant 93 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE confirme que l'étendue des services de conseil et de remplacement peuvent être utilisés comme critères pour déterminer l'offre la plus avantageuse.

Cependant, le paragraphe 2, 3°, précise que les critères doivent être liés à l'objet du marché. La paragraphe 3 du même article stipule que « *les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans :*

1° le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services, ou

2° un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel ».

Il convient dès lors de vérifier dans le cas d'espèce que cette condition de lien avec l'objet du marché est bien respectée.

Les critères d'attribution ne peuvent en outre avoir pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils doivent toujours garantir la possibilité d'une véritable concurrence et être assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. En cas de doute, le pouvoir adjudicateur doit vérifier concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires (voir notamment l'arrêt de la Cour de Justice du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 et l'arrêt de la Cour de Justice du 10 mai 2012, Commission / Royaume des Pays-Bas, C-368/10).

En outre, il faut rappeler que ces règles doivent être appliquées au regard des principes de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité, prévus à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Par ailleurs, la législation des marchés publics autorise les marchés mixtes dans les limites des règles et principes énoncés ci-dessus. Ainsi, par exemples, les marchés peuvent porter sur des services et des fournitures. Dans ce cas, l'article 20, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, détermine quelles règles sont applicables en fonction des valeurs estimées respectives des services et des fournitures.

Les membres de la Commission des marchés publics sont d'avis que, si un groupe de travail chargé d'analyser ces pratiques est organisé par la Ministre de la Santé publique, il serait opportun que des experts en marchés publics y soient associés.