
Quelques thèses sur la

durabilité des marchés publics

Martin Beyeler, professeur à l'Université de Fribourg

Genève, 22 juin 2023



Le programme

- La situation
- n° 1 : De la taille du levier
- n° 2 : Des limites posées par le droit des marchés publics
- n° 3 : Du but légal de la durabilité
- n° 4 : De l'obligation d'acheter de manière durable
- n° 5 : De la finalité des marchés publics

La situation

Loi fédérale sur les marchés publics (LMP)

du 21 juin 2019 (Etat le 1^{er} janvier 2022)

Art. 2 But

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;



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

PAP

plateforme
de connaissances sur les
achats publics responsables



De la longueur du levier

Le développement durable

- la recherche d'un optimum entre les effets économiques, écologiques et sociaux d'une décision
 - les trois dimensions n'indiquent que partiellement la même direction
 - une décision parfaite n'est en général pas possible
 - toutefois, il existe maintes corrélations positives, p.ex.
 - la longévité d'un produit est économique et écologique
 - l'évitement de la pollution évite des effets sociaux négatifs
 - le travail de nuit est cher et socialement nocif

De la longueur du levier

Consommer de manière durable ?

- la cascade des leviers économiques et écologiques
 - 1) ne pas consommer / consommer moins ou plus tard
 - 2) consommer un bien préexistant (*re-fit / re-use*)
(le cas échéant, après réparation/réfection/transformation)
 - 3) consommer un bien nouvellement produit
 - en spécifiant ce bien de manière durable et en choisissant, dans ce cadre, l'offre la plus durable
 - en prenant en compte la production, l'utilisation et le sort (réemploi c. recyclage c. *downcycling* c. élimination) du bien

De la longueur du levier

Consommer de manière durable ?

- un exemple : la Commune a besoin de bureaux
 - besoin réel et urgent ? (envergure du besoin ?)
 - bâtiment existant ? (emplacement ?)
 - bâtiment nouveau ? (emplacement ?)
 - spécification (planification) durable (matériaux, consommation d'énergie, longévité, capacité d'être modulé et transformé, capacité des éléments d'être réemployés, ...)
 - exécution durable (consommation d'énergie, déchets, pollutions, sécurité sur le chantier, ...)

De la longueur du levier

Consommer de manière durable ?

- l'enseignement pour les adjudicateurs publics
 - l'adjudicateur qui veut se comporter de manière durable doit
 - effectuer une analyse exacte et sincère de son besoin
 - renoncer à toute consommation inutile et excessive
 - préférer les biens préexistants (*re-fit / re-use*)
 - faire usage, en premier lieu, des leviers existant lors de la spécification d'un bien nouvellement produit
 - faire usage des leviers existant au moment du choix d'une offre

Des limites posées par le droit des marchés publics

les limites concernant la spécification

- Le droit des marchés publics ne régit ni la renonciation à la consommation ni le choix de chercher un bien préexistant.
- Le droit des marchés publics accorde un vaste pouvoir d'appréciation concernant la manière de spécifier le bien recherché. Toutefois, il prévoit aussi des limites.
 - caractéristiques du produit : arbitraire / discrimination
 - processus de production (sans incidence sur le produit) :
OK (écologie : art. 30 IV LMP/AIMP 2019) ; art. 12 I+II LMP/AIMP 2019 (social)

Des limites posées par le droit des marchés publics

- l'art. 12 al. 1 et al. 2 LMP/AIMP 2019
 - concernant le processus de production, les adjudicateurs doivent exiger le respect du droit en vigueur (au lieu de la production [resp., au lieu de la provenance pour les soumissionnaires suisses dans les procédures assujetties à la LMI])
 - et ils peuvent exiger le respect « d'autres standards de travail internationaux importants » (outre les conventions fondamentales de l'OIT) pour la production à l'étranger
 - la spécification « sociale » du processus de production ne saurait aller au-delà (lorsque l'exigence n'a pas d'incidence sur le produit final; art. 30 al. 4 LMP/AIMP 2019 *a contrario*)

Des limites posées par le droit des marchés publics

- l'art. 4 al. 2 OMP (féd.)
 - « autres standards de travail internationaux importants » (art. 12 al. 2 LMP) = conventions de l'OIT que la Suisse a ratifiées ?
 - « standards » ≠ « normes » (propositions JANS et REGAZZI pour l'art. 12 al. 2) ou « conventions » (art. 12 al. 3)
 - cf. histoire des propositions JANS et REGAZZI: il ne s'agissait pas de renvoyer au droit international mais à des standards privés
 - les conventions de l'OIT s'adressent (du moins en premier lieu) à des États
 - le but de l'art. 12 al. 2 LMP risque d'être entravé parce qu'il n'existe aucun instrument de contrôle concernant les conventions auxquelles renvoie l'art. 4 al. 2 OMP

Des limites posées par le droit des marchés publics

les limites concernant l'adjudication

- les critères d'adjudication doivent être « en lien avec les prestations » faisant l'objet du marché (art. 29 al. 1 LMP/AIMP 2019)
 - cela s'applique aussi au critère du « développement durable »
 - interdiction d'évaluer des caractéristiques ou des démarches des soumissionnaires ne concernant pas spécifiquement l'exécution des prestations faisant l'objet du marché
 - exceptions pour les marchés « internes » : art. 29 al. 2 LMP/AIMP 2019 (formation initiale ; travailleurs âgés ; chômeurs de longue durée ; énumération exhaustive)

Du but légal de la durabilité

art. 2 let. a LMP/AIMP 2019

Art. 2 But

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;

Art. 2 Zweck

Dieses Gesetz bezweckt:

- a. den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel;

Art. 2 Scopo

La presente legge persegue:

- a. un impiego dei fondi pubblici economico, nonché sostenibile sotto il profilo ecologico, sociale e dell'economia pubblica;

Du but légal de la durabilité

- des questions soulevés par l'art. 2 let. a LMP/AIMP 2019
 - pourquoi deux fois « économique » ?
 - 1) économie de gestion ; 2) économie politique (v. les textes allemand et italien) : ensemble = durabilité économique
 - priorité de l'économie de gestion ou équivalence des trois dimensions du développement durable ?
 - L'Assemblée fédérale craignait que l'art. 2 let. a P-LMP ne visait que l'économie de gestion et a inséré le renvoi à l'économie politique pour cette raison.
 - Il sied de conclure que l'art. 2 let. a P-LMP exprime le mieux comment il faut comprendre le but de la durabilité.

Du but légal de la durabilité

art. 2 let. a P-LMP
(FF 2017 1851)

Art. 2 But

La présente loi vise les buts suivants:

- a. une utilisation économiquement, écologiquement et socialement durable des deniers publics;

De l'obligation d'acheter de manière durable

Le droit (révisé) des marchés publics, oblige-t-il les adjudicateurs à acheter de manière durable ?

- cf. art. 30 al. 4 LMP/AIMP 2019 : « peut »
 - Le droit des marchés publics ne restreint pas la liberté des adjudicateurs concernant la spécification de leurs prestations (exceptions : arbitraire / discrimination).
 - Comme sous l'ancien droit, la spécification du marché n'est (en principe) pas justiciable en vertu du droit des marchés publics.
 - Les soumissionnaires ne peuvent demander une conception ou spécification plus durable (économiquement, écologiquement ou socialement) du marché.

De l'obligation d'acheter de manière durable

Le droit (révisé) des marchés publics, oblige-t-il les adjudicateurs à acheter de manière durable ?

- cf. art. 26 al. 1 LMP/AIMP 2019 : « garantit que »
 - les conditions de participation représentent un niveau minimal de durabilité écologique et sociale
 - ces conditions doivent être appliquées (et vérifiées) dans chaque cas d'espèce

De l'obligation d'acheter de manière durable

Le droit (révisé) des marchés publics, oblige-t-il les adjudicateurs à acheter de manière durable ?

- cf. art. 2 let. a *cum* art. 29 al. 1 LMP/AIMP 2019
 - Dans le cadre des spécifications applicables, le système d'évaluation, se composant des critères d'adjudication (coût et qualité a.s.l.) et de leurs pondérations, doit permettre d'identifier l'offre la plus durable (économiquement, écologiquement et socialement).
 - Cette obligation est justiciable (en cas d'abus du pouvoir d'appréciation).

De l'obligation d'acheter de manière durable

La plupart des obligations en matière d'achat durable découle d'autres actes législatifs (justiciables ?)

- Droit de l'organisation de l'État, par exemple :
 - art. 23*a* let. c Org-OMP (féd.) / art. 9 LCMP/FR : monitoring de la durabilité des marchés publics
 - art. 2 al. 2 let. b OILC (féd.) / art. 8 LCMP/FR : écolabels contraignants pour les adjudicateurs (not., SNBS Bâtiment)
 - art. 6a OOMP/BE : obligation de spécifier de manière durable ; obligation d'évaluer le coût du cycle de vie

De l'obligation d'acheter de manière durable

La plupart des obligations en matière d'achat durable découle d'autres actes législatifs (justiciables ?).

- Législation spéciale, par exemple :
 - art. 30 LPE (féd.) : limitation des déchets
 - art. 15 al. 1 et al. 2 LHand (féd.) : accessibilité des transports publics et des constructions fédérales
 - art. 10 LCI (féd. ; pas encore en vigueur) : obligation d'être « modèle » (Confédération ; cantons)

De l'obligation d'acheter de manière durable



Texte soumis au vote

Loi fédérale
sur les objectifs en matière de protection du climat,
sur l'innovation et sur le renforcement de la sécurité énergétique
(LCI)
du 30 septembre 2022

Art. 10 Rôle de modèle de la Confédération et des cantons

¹ La Confédération et les cantons jouent un rôle de modèle pour atteindre l'objectif de zéro émission net et de l'adaptation aux effets des changements climatiques.

De la finalité des marchés publics

« Strategic Use of Public Procurement » ?

- Un marché public a pour but la mise à disposition des prestations dont l'adjudicateur a besoin pour remplir l'une de ses tâches.
 - Le droit des marchés publics ainsi que d'autres actes législatifs permettent de / obligent à veiller à la durabilité de ces prestations et de leur production (éviter les effets néfastes).

De la finalité des marchés publics

- La locution « Strategic Use of Public Procurement » est comprise de deux manières différentes :
 - assurer la durabilité des prestations acquises
 - la promotion de la durabilité des comportements des entreprises privées est tout au plus un effet indirect
 - employer un marché public à des fins tierces (au-delà de la mise à disposition des prestations nécessaires), p.ex.
 - acquérir des prestations afin de soutenir l'économie en crise
 - faire usage du pouvoir d'achat public afin de pousser l'économie privée dans un certain sens (p.ex., limitation des émissions)

De la finalité des marchés publics

- Sans base légale spécifique, l'emploi d'un marché public à des fins tierces n'est pas admissible.
 - cf. art. 5 al. 1 Cst. : la poursuite d'un but politique donné nécessite une base légale.
 - Le principe de la durabilité de l'utilisation des deniers publics (art. 2 let. a LMP/AIMP 2019)
 - concerne la durabilité de l'achat (cf. art. 1 LMP/AIMP 2019) et
 - ne constitue pas une base légale pour l'emploi de l'achat à des fins tierces.

De la finalité des marchés publics

- Un emploi à des fins tierces inadmissible ?
 - *ex*: Déclaration d'engagement du respect des principes de développement durable (CCA/GE)

La société/entreprise soussignée s'engage à respecter dans sa gestion les principes du développement durable en prenant en compte ses trois aspects, soit l'économique, le social et l'environnemental.

La société/entreprise soussignée s'engage notamment à respecter pour elle-même ainsi que pour la filière de fabrication et d'achat en amont ainsi que pour l'ensemble de ses sous-traitant, à :

- Favoriser le recours aux énergies renouvelables et matériaux recyclés.
- Diminuer le plus possible les émissions de toxique et de gaz à effet de serre.
- Diminuer le plus possible le volume des déchets générés par son exploitation.
- Établir un salaire minima pour tous les employés.
- Consommer des produits solides, à fonctionnalité élevée, rechargeables, réutilisables, réparables.

- *idem* pour l'annexe Q5 du GROMP

la fin (de cette présentation)

