L'achat public durable: Un concept vraiment nouveau

Marc Steiner

Juge au Tribunal administratif fédéral*

*L'intervenant exprime son opinion personnelle; il est membre du conseil scientifique de l’association économique swisscleantech.

4/10/2017

Introduction / Histoire du droit vécue

- Années 1990 (OMC/AMP/LMP/LMI; dynamisation de la concurrence / renouvellement économique / solution de substitution pour l'Espace économique européen; plutôt pas de "government by procurement")
- 2002 Jugement CJCE C-513/99 ayant comme objet les transports par bus à Helsinki
- 2004 Nouvelles directives CE (notamment 2004/18/CE)
- 2010 Jugement CJUE C-368/10 "Max Havelaar" (commerce équitable)
- 2012 Révision de l'Accord OMC marchés publics (AMP)
- 2014 Nouvelles directives UE (notamment 2014/24/UE; strategic use of public procurement / Europe 2020)
- 2016 Transposition des nouvelles directives (surtout en Allemagne)
- 2017 Projet d'une nouvelle loi (fédérale) sur les marchés publics (internalisation de coûts externes engendrés par les atteintes à l'environnement)

Cadre légal (et politique) I

Accord GATT/OMC sur les marchés publics (AMP/GPA; AMP/GPA 1994 et AMP/GPA 2012 révisé)

Loi fédérale sur les marchés publics (LMP)

Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)

La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) en tant que facteur de revitalisation de l’économie

Revised GPA and Sustainability Issues I

Art. X (6) revised GPA (2012)
on technical specifications:
For greater certainty, a Party, including its procuring entities, may, in accordance with this Article, prepare, adopt or apply technical specifications to promote the conservation of natural resources or protect the environment.

Revised GPA and Sustainability Issues II

Art. X (9) revised GPA (2012)
on the tender documentation:
The evaluation criteria set out in the notice of intended procurement or tender documentation may include, among others, price and other cost factors, quality, technical merit, environmental characteristics and terms of delivery.

What is SPP? Total cost of ownership? Green public procurement? Including social aspects?

Total cost of ownership is more than the price paid by a procuring entity. Best price-quality ratio <> lowest price.

Coffee which has been unfairly marketed leaves a sour taste (CJEU).

GPP:
Not each award criterion … used to identify the most advantageous tender must necessarily be of a purely economic nature (CJEU).

OMC / AMP / nouveautés

WORLD TRADE ORGANIZATION

GOVERNMENT PROCUREMENT: SYMPOSIUM — GENEVA 22 FEBRUARY 2017

Symposium on sustainable procurement

Work programme on sustainable procurement of the committee on government procurement[1]

Centre William Rappard (WTO Headquarters), Room W

Geneva, 22 February 2017

L'Union européenne aussi bien que le Canada ne confirment pas seulement l'achat public éco-responsible, mais vont un pas plus loin vers la considération d'aspects sociaux
(notamment en ce qui concerne le commerce équitable)

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Yes, we can! Members of KBOB

Building organisations

- Bundesamt für Bauten und Logistik **BBL**
- **armasuisse Immobilien**
- **ETH-Rat** (ETHZ, EPFL, PSI, WSI, Empa, Eawag)

Federal Level

- Bundesamt für Verkehr **BAV**
- Bundesamt für Strassen **ASTRA**

Cantonal Level

- Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz **BPUK**

Municipal Level

- Schweizerischer Städteverband **SSV**
- Schweizerischer Gemeindeverband **SGV**

Members of KBOB: BBL, armasuisse, ETH-Domain, ASTRA, BAV, BPUK, SGV, SSV

Concrete made from recycled granulates

KBOB — eco-bau — IPB

Koordinationskonferenz der Bau - und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren
Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics

Nachhaltigkeit im öffentlichen Bau
Durabilité et constructions publiques

Interessengemeinschaft privater professioneller Bauherren
Communauté d'intérêts des maîtres d'ouvrage professionnels privés

EMPFEHLUNG•RECOMMANDATION•EMPFEHLUNG•RECOMMANDATION•EMPFEHLUNG
NACHHALTIGES BAUEN • CONSTRUCTION DURABLE • NACHHALTIGES BAUEN • CONSTRUCTION DURABLE • NACHHALTIGES BAUEN • CONSTRUCTION DURABLE

Beton aus recyclierter Gesteinskörnung
Béton de granulats recyclés

2007/2

Stand Februar 2012 / *Etat de février 2012*

RC-Beton C

Gesteinskörnung: Betongranulat aus aufbereitetem Betonabbruch
Kornform: Gebrochen
Qualität: Wie Primärbeton mit gebrochenem Gesteinskorn

Béton RC-C

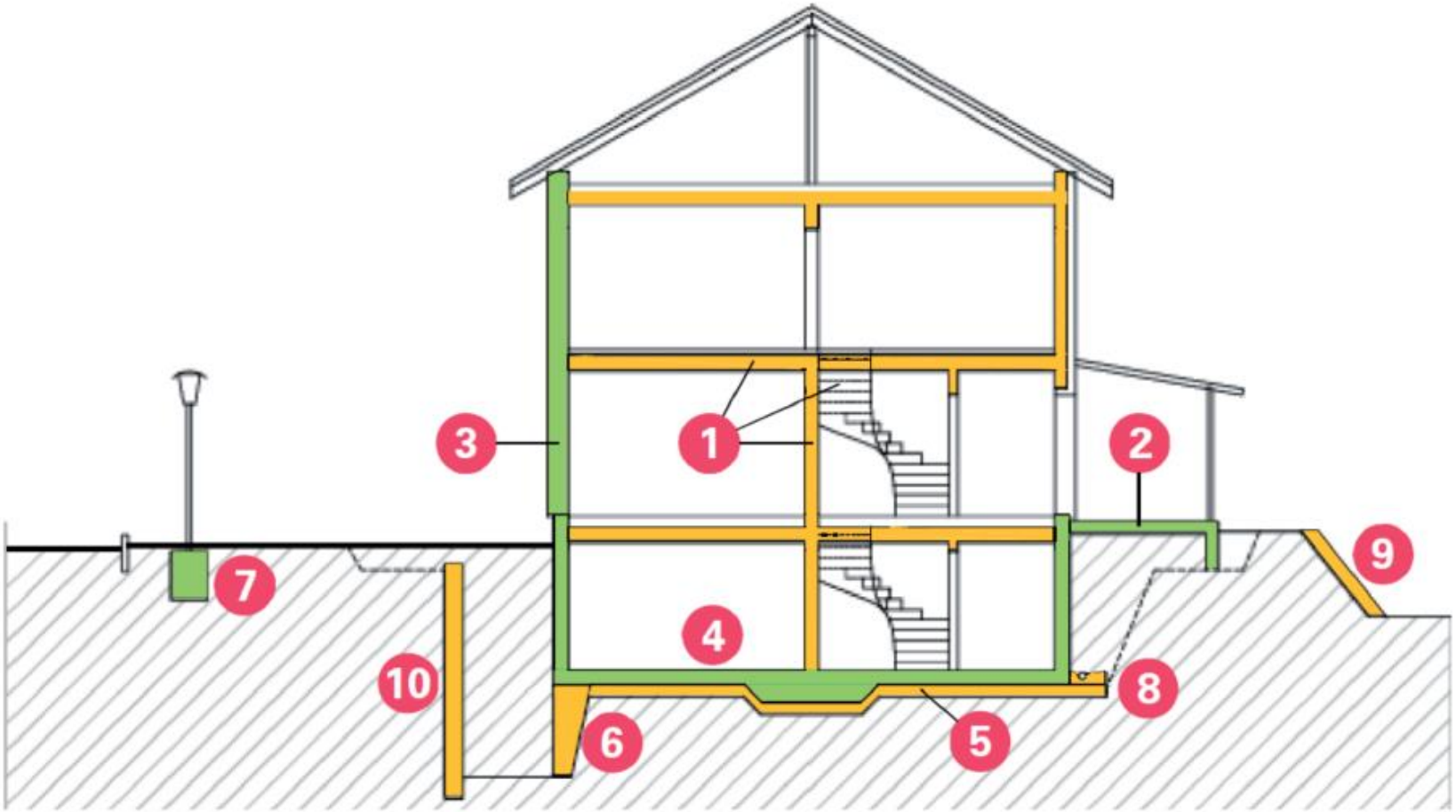
Granulats: obtenu par traitement de béton de démolition
Forme des grains: concassé
Qualité: comme le béton ordinaire avec grains concassés

RC-Beton M

Gesteinskörnung: Mischgranulat aus aufbereitetem Mischabbruch
Kornform: Gebrochen
Qualität: Grösseres Schwinden und Kriechen, grössere Durchbiegungen als bei Primärbeton

Béton RC-M

Granulats: par traitement des matériaux de démolition non triés
Forme des grains: concassé
Qualité: retrait important et fluage, flèches plus importantes qu'avec le béton ordinaire



Geeignet für Beton RC-M, RC-C	M	C	*Adapté au béton RC-M, RC-C*
Geeignet nur für Beton RC-C	C		*Adapté uniquement au béton RC-C*

Cadre légal (et politique) III

Nouvelle Constitution fédérale (développement durable défini comme but constitutionnel; Art. 2 CF)

Stratégie 2002 du Conseil fédéral pour le développement durable

Stratégie (du Conseil fédéral) pour le développement durable 2016-2019

Agenda 2030 (du Conseil fédéral) de développement durable

Cadre légal (et politique) IV

OBJECTIFS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

17 OBJECTIFS POUR TRANSFORMER NOTRE MONDE

Objectif 12 : Établir des modes de consommation et de production durables

Cadre légal (et politique) V

L'art. 3 al. 2 LMI dans sa teneur du 6 octobre 1995

sont notamment considérés comme intérêts publics prépondérants:

a) la protection de la vie et de la santé ...
b) la protection de l’environnement
c) ...
d) la poursuite d’objectifs de politique sociale ..

La determination de l’offre la plus avantageuse économiquement

- Conformément au droit suisse en vigueur (art. 21 LMP), le but recherché est la détermination du meilleur rapport qualité-prix et non le prix le plus bas. Une exception s’applique aux biens largement standardisés (Steiner, Aktuelles Vergaberecht 2014, p. 165 s.).
- Le concept de l’achat public durable ne fait pas bon ménage avec une culture des marchés publics visant uniquement la compétitivité des prix d’achat.

Exigences à appliquer aux produits et droit des marchés publics

- Spécifications techniques (art. VI GPA; art. 13 lit. b AIMP; § 15 DEMP)

- Critère d’adjudication de caractère écologique (art. 21 al. 1 LMP) respectivement de développement durable (art. 13 lit. f AIMP en relation avec le § 32 al. 1 DEMP)

Exigences classiques à appliquer aux soumissionaires?

- Critère de qualification / d'aptitude (voir l'art. 9 LMP) "formation d'apprentis" ??
- Critère d’adjudication ("formation d'apprentis"; voir l'art. 31 al. 1 de l'ordonnance valaisanne sur les marchés publics, version jugée ATF 129 I 313 ss.):

a) une éxigence à appliquer aux produits?

b) un critère apte à trouver l’offre la plus avantageuse économiquement?

La formation d’apprentis comme nouveau critère d’adjudication (Art. 21 LMP)

- [1] Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Celle-ci est évaluée en fonction de différents critères, notamment le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, [….], le caractère esthétique, le caractère écologique, la valeur technique et la formation de personnes en formation professionnelle initiale.
  Ce dernier critère ne peut être pris en considération que pour les marchés qui ne sont pas soumis à des accords internationaux.

Commerce équitable comme critère d’adjudication

Arrêt de la CJUE dans l'affaire C-368/10 Commission / Pays-Bas:
Le droit de l'Union ne s'oppose pas, en principe, à un marché public pour lequel le pouvoir adjudicateur exige ou souhaite que certains produits à fournir soient issus de l’agriculture biologique ou du commerce équitable (critère d’adjudication).

Achat public éco-responsable I

- D’un point de vue juridique, les obstacles s’opposant à l’achat public éco-responsable sont moins nombreux et importants qu’on a admis jusqu’il y a peu de temps, pour autant que les exigences respectives soient définies sous forme de spécifications techniques ou/et le l'impact environnemental soit l’un des critères d’adjudication.

Achat public éco-responsable II

- Notamment suite à l’évolution du droit européen en matière de marchés publics, l’achat public éco-responsable occupe de fait une place toujours plus importante.

DIRECTIVE 2014/24/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics

Achat public éco-responsable III

Article 68 **Coût du cycle de vie**

les coûts supportés par le pouvoir adjudicateur ou d’autres utilisateurs, tels que:

b) les coûts imputés aux **externalités environnementales** liés au produit, au service ou à l’ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée

Tagesanzeiger vom 10. März 2007

Droit européen: source d’inspiration I

- Prof. Zufferey recommande au législateur suisse de s’inspirer du droit européen en ce qui concerne la prise en compte de critères dits «étrangers à l’adjudication».

  (Jean-Baptiste Zufferey, Etude complémentaire en droit des marchés publics de la Confédération et des Cantons, Les critères dits «étrangers à l'adjudication», Fribourg 2004, p. 20)

Droit européen: source d’inspiration II

- Prof. Poltier constate que (selon le droit de l’UE) le pouvoir adjudicateur est libre de définir la prestation à acquérir, même en s’appuyant sur les critères sociaux, et de favoriser de la sorte des biens issus du “commerce equitable”. Cette solution devrait pouvoir être transpose en droit suisse.
- (Etienne Poltier, Droit des marches publics, Berne 2012, p. 208)

Les buts selon le projet d'une nouvelle loi sur les marches publics

Art. 2

La présente loi vise les buts suivants:

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

En considération de l'avis de tous les participants à la consultation (hormis deux d'entre eux), de la pratique actuelle et de la tendance observée au niveau international, on a renforcé, dans le P-LMP, l'importance accordée à la prise en compte du développement durable (message, p. 36).

L’internalisation des coûts externes selon l’art. 29 du projet d’une nouvelle loi sur les marches publics

«Coûts du cycle de vie» est une expression générique recouvrant les coûts d’acquisition, d’exploitation, de démolition et d’élimination. […] Les coûts externes engendrés par les atteintes à l’environnement liées à l’objet du marché pendant son cycle de vie peuvent être pris en considération, à condition qu’ils puissent être évalués à l’aide d’une méthode largement reconnue et approuvée par l’organe compétent (par ex. la CA ou la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d’ouvrage publics [KBOB]; message, p. 97 s.).

Autres critères écologiques du point de vue du droit des marchés publics

- Exclusion pour violation de normes en matière de protection de l’environnement
  Une telle exclusion n’est paradoxalement pas prevue par le projet de la nouvelle loi fédérale sur les marches publics du 15 février 2017! (L’avant-projet du 1 avril 2008 prévoyait par contre une telle exclusion; art. 25 al. 1)

- Certificat de gestion respectueuse de l’environnement comme critère de qualification (examen d'aptitude; par exemple ISO 14001)

Le savoir-faire écologique comme critère de qualification / d'aptitude

Il est incontestable que le pouvoir adjudicateur est libre d’exiger des prestataires appelés à fournir des travaux ayant un impact environnemental qu’ils disposent d’une expérience suffisante dans des mandats de ce type (exemple: assainissement de joints de construction contenant du PCB).
(Décision de la CRM du 26 juin 2002, c. 2e; Steiner, Aktuelles Vergaberecht 2014, p. 155 s.)

Conclusion

Vu les développements les plus récents au niveau de l'OMC et de l'Union européenne, on peut dire que le "strategic use of public procurement" selon la directive 2014/24/UE est presque le contraire du concept des années 90 et la notion des "aspects étrangers à l'objet des marches publics" (vergabefremde Aspekte).
Le monde juridique a donc bien changé durant ces dernières années, et cela surtout en faveur de l'achat public éco-responsible.