La durabilité dans le nouveau droit des marchés publics

La durabilité est le nouveau paradigme du droit des marchés publics – comme le laisse apparaître en toute clarté le nouvel article énonçant le but de la loi (loi fédérale sur les marchés publics, LMP) et de l'acte législatif (Accord intercantonal sur les marchés publics, AIMP). Alors que l'ancienne législation exigeait simplement «une utilisation économique des fonds publics» (art. 1, al. 1, let. c, LMP 1994), l'art. 2, let. a, de la nouvelle loi précise désormais que les acquisitions doivent s'effectuer dans un souci d'efficience économique et de durabilité («une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables»). Les deux valeurs de référence – l'efficience économique et la durabilité – sont mentionnées sur un pied d'égalité et doivent par conséquent être appliquées de manière cumulative. Une focalisation unilatérale sur la dimension économique entre dorénavant en contradiction avec le principe mentionné l'art. 2, let. a, du nouveau droit. En d'autres termes, il revient à chaque autorité adjudicatrice de faire appliquer, dans le cadre d'un appel d'offres public, les principes de durabilité. Le législateur exprime par là clairement que le droit des marchés publics doit promouvoir une concurrence visant la qualité à la lumière de la durabilité et ne pas se réduire à une pure concurrence axée sur le prix.

La durabilité exigée se décline dans ses trois dimensions habituelles: *économique*, *écologique* et *sociale*. La notion de durabilité doit, de fait, s'interpréter au sens large.

La **dimension économique** de la durabilité garantit que l'État gère soigneusement le substrat fiscal qui lui est confié à titre fiduciaire. Ceci implique tout d'abord qu'il est tenu d'acquérir des prestations qualitativement comparables auprès du fournisseur proposant le prix le plus favorable. Le prix d'une prestation (déterminé, autant que faire se peut, sur l'ensemble du cycle de vie) est et reste un paramètre concurrentiel central. Or l'efficience économique n'est pas synonyme du prix le plus bas dont on s'acquittera une fois pour toutes. Outre les coûts d'investissement, il convient en effet de ne pas négliger les futurs coûts d'exploitation, de gestion, d'entretien, de remise en état et d'administration. La qualité des prestations, et d'autres paramètres dont le choix est laissé à l'appréciation de l'adjudicateur, doivent être pris en considération de manière tout aussi complète.

La **dimension écologique** se définit par l'incidence environnementale ainsi que par la préservation et la contribution à l'efficacité des ressources. Ces aspects peuvent avoir une très vaste portée, qu'ils concernent des facteurs tels que la consommation d'énergie et d'eau, la pollution de l'environnement, les atteintes à la biodiversité ou même encore la question de savoir dans quelle mesure l'objet de l'acquisition a été fabriqué dans le respect de l'environnement ou des ressources (conditions de production). En règle générale toutefois, les critères écologiques doivent avoir un lien objectif avec l'objet de la prestation pour être conformes au droit des marchés publics.

Enfin, la **dimension sociale ou sociétale** permet de tenir compte, dans la liste des critères d'adjudication, des aspects de la fourniture de la prestation liés à la collectivité, notamment les conditions de travail entourant la production de ladite prestation (p. ex. pour des produits issus du commerce équitable). Selon la pratique actuelle, l'autorité adjudicatrice peut en l'occurrence s'appuyer sur des systèmes de certification reconnus.

→

Pour garantir une prise en considération adéquate de la durabilité dans un projet de construction, les services d'achat disposent concrètement de possibilités dans trois domaines:

1. Définition et spécification du projet et de la prestation faisant l'objet du marché
Le respect de la durabilité passe en premier lieu par l'intégration systématique de cette dernière dans la définition du projet. Autrement dit, le service d'achat agira judicieusement en acquérant d'emblée un projet durable.

– Une solution pour ce faire, d'une part, consiste à définir l'objet du marché en conséquence, moyennant par exemple une exigence technique imposant le recours à des matériaux recyclés ou l'usage de véhicules à faibles émissions uniquement. Le service d'achat peut en outre fixer l'atteinte de certains objectifs, notamment au regard du standard Construction durable Suisse (SNBS), largement établi dans le pays.
– Le droit des marchés publics, d'autre part, met à disposition une série d'instruments permettant une compétition d'idées et, partant, la recherche du projet optimal sous l'angle de la durabilité (concours, mandat d'étude, dialogue).

L'objectif de réalisation d'un projet durable se concentre donc sur le développement et la définition mêmes du projet. Le choix des partenaires qui réaliseront le projet n'entre (véritablement) en jeu qu'ultérieurement.

2. Critères d'aptitude
Les critères d'aptitude peuvent cibler les caractéristiques du soumissionnaire. Le service d'achat sera dès lors à même de définir s'il est disposé à ne collaborer qu'avec des partenaires répondant à certaines exigences (minimales) en termes de durabilité. L'on pourrait par exemple envisager de demander une certification spécifique (label de durabilité), avec l'assurance toutefois qu'une telle exigence n'induise pas d'effet discriminatoire ou de restriction de la concurrence (d'où la nécessité de toujours reconnaître des preuves «équivalentes»).

S'en tenir à la seule durabilité dans l'évaluation des critères d'aptitude paraît néanmoins peu adéquat, sachant que mandater un soumissionnaire «durable» (souvent pour la forme) n'a a priori aucune incidence sur le projet et la manière dont celui-ci sera réalisé.

3. Critères d'adjudication
La durabilité peut, enfin, être évaluée au travers du filtre des critères d'adjudication, le service d'achat définissant lui-même un ou plusieurs critères pertinents en la matière. Des soumissionnaires peut-être moins compétitifs dans d'autres domaines (p. ex. le prix de l'offre) peuvent ainsi compenser ce déficit et bénéficier d'un avantage concurrentiel. Ce qui équivaut également à encourager la concurrence axée sur la qualité. Pourtant, ici encore, rien ne garantit que les promesses de durabilité exprimées lors de la procédure d'adjudication seront effectivement tenues dans la réalisation ultérieure du projet.

Nota bene: La discussion autour de la juste intégration d'aspects durables dans l'acquisition ne doit pas occulter le fait que seule une réalisation durable du projet de construction sera garante du respect de cette durabilité. L'environnement et la société n'ont guère à gagner d'une équipe de planification qui penserait dans une perspective durable mais qui, au final, reviendrait à des méthodes de réalisation classiques, c'est-à-dire peu durables.

Conclusion
Le nouveau droit des marchés publics offre d'excellentes opportunités de promouvoir et d'ancrer la durabilité dans le secteur de la construction. Il invite les services d'achat à acquérir activement les prestations dont ils ont besoin, selon des critères durables – une mission dont tout service d'achat fera bien de s'acquitter, en particulier lors de la définition de l'objet de la prestation. La mise en œuvre de la durabilité au niveau des critères d'adjudication s'avère efficace, bien qu'exigeante – du moins tant qu'il n'existe pas de modèles éprouvés sur le marché. C'est la raison pour laquelle il est d'autant plus important que des autorités adjudicatrices courageuses ne craignent pas de s'engager dans de nouvelles voies, de glaner de l'expérience et, parfois, de reconnaître leur erreur. Que leur succès soit à la hauteur de leur audace!

●

Mario Marti, docteur en droit,
avocat, secrétaire général de l'usic