

# Beschaffungsmanagement Revue de l'acheteur

Fachzeitschrift für Einkauf und Supply Management  
Magazine spécialisé pour les achats et le supply management



## **Öffentliche Beschaffung**

### **Einkaufskooperationen**

Wo liegen die Risiken und was ist der Nutzen?

Seite 14

## **Marchés publics**

**Les groupements achats**  
au sein du système hospitalier

page 17

## **Praxis & Forschung**

### **Einstellungsinterviews**

Stellen Sie die richtigen Fragen

Seite 35

# Conditions-cadres juridiques des achats durables au niveau fédéral

Si la seconde moitié des années 90 a été marquée par le dogme selon lequel les marchés publics ne faisaient la part belle qu'à l'argent et à l'accès au marché («purity principle»), l'idée de la nécessité d'un équilibre entre le système économique et les objectifs de développement durable de la Constitution fédérale s'est entre-temps installée.

Dans le jargon du droit constitutionnel, la «mise en concordance pratique» signifie que le droit constitutionnel et administratif économique doit raisonnablement offrir à l'Etat certaines marges de manœuvre qui lui permettront – à l'instar d'une grande entreprise dont la charte prévoit des engagements en ce sens – de satisfaire à sa responsabilité sociale (Corporate Social Responsibility). Les recommandations de la Commission des achats de la Confédération en faveur d'achats durables (2010) attestent aussi clairement de cette volonté de la part de la Confédération. La nouveauté, c'est qu'il existe depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013 une obligation de contrôle de la mise en œuvre des recommandations par le biais d'une surveillance et de statistiques; une étape-clé intéressante, y compris du point de vue des grandes entreprises.

## **Situation initiale (1996–2003): un chemin de croix pour les achats durables**

Bien que cela contrevienne peut-être au principe d'intemporalité

dont ils sont censés faire l'objet, les dogmes s'inscrivent aussi dans une perspective historique, ce qui se vérifie non seulement dans le domaine de la théologie, mais aussi du droit. A la fin des années 90, dans le sillage de la théorie dominante relative à l'Accord sur les marchés publics (AMP) – un accord plurilatéral relevant du droit de l'OMC qui a force de loi en Suisse depuis 1996 –, le doute a été jeté sur les aspects dits «étrangers à l'adjudication», parmi lesquels on comptait aussi bien des objectifs classiques de protectionnisme industriel que des tentatives d'atténuation des conséquences – notamment écologiques – de la mondialisation dans les pays producteurs. Pour prévenir les abus, la législation des marchés publics devrait rester «apolitique» (il s'agit là du «purity principle»). Toutefois, une brèche a été détectée relativement vite, dans la mesure où il était admis qu'en tant que demandeur ou mandant public, il était possible de formuler des objectifs de respect de l'environnement dans le cadre de la description du produit



### **Marc Steiner**

Avocat, juge au Tribunal administratif fédéral à Saint-Gall

[marc.steiner@bvger.admin.ch](mailto:marc.steiner@bvger.admin.ch)  
[www.nachhaltige-beschaffung.ch](http://www.nachhaltige-beschaffung.ch)

ou des spécifications techniques. En outre, les termes du droit fédéral étaient avant-gardistes puisqu'ils citaient expressément le caractère écologique comme critère d'attribution. Au départ pourtant, on défendait le point de vue selon lequel cet aspect ne pouvait être pris en compte que s'il s'accompagnait d'un avantage économique concret pour le service des achats. Par exemple, les moindres coûts de consommation énergétique d'un véhicule moins énergivore compensent son prix d'achat plus élevé. Il n'est donc pas surprenant qu'en 2001 il a été expressément affirmé, à l'occasion d'une réunion de formation organisée par l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL), que la direction de l'OFCL ne couvrirait pas les propos de la spécialiste des achats durables de l'OFEV (encore l'OFEFP à l'époque). Ce n'est qu'en prenant la pleine mesure de cette situation initiale que l'on peut comprendre clairement l'importance du revirement intervenu depuis.

### **Réorientation stratégique (2002–2006): un bourgeoinement encore fragile**

En Suisse, on a d'abord à peine remarqué à quel point le jugement de la Cour de justice de l'Union Européenne (Cour de justice des Communautés européennes à

l'époque) du 17 septembre 2002 relatif au «cas des bus d'Helsinki» (affaire C-513/99) ébranlait les fondements des opinions concernant la législation des marchés publics. En substance, la CJUE a établi qu'il était impossible qu'une obligation de droit constitutionnel ou de droit primaire instaure la prise en compte de critères environnementaux dans tous les domaines politiques et que, dans le même temps, la conception de la législation des marchés publics fasse largement échouer cet objectif.

Dans un souci de cohérence, un tel conflit de valeurs semblait inacceptable. Par conséquent, il devait également être possible – par opposition à la conception juridique de la commission en tant que garante de la concurrence et du marché intérieur à l'époque – de tenir aussi compte des émissions sonores et polluantes dans le cadre de l'évaluation des offres pour l'acquisition de bus destinés au trafic urbain, bien que la quantité moindre des émissions (contrairement à la consommation énergétique moins importante) n'ait pas un impact direct sur le budget de la ville d'Helsinki. Sans ce jugement, les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, relativement soucieuses des questions de développement durable, telles qu'elles sont mises en œuvre au-

jourd'hui, n'auraient pas été envisageables.

L'Accord OMC sur les marchés publics (AMP) étant applicable dans les pays membres de l'UE comme en Suisse, les spécialistes pensaient qu'il fallait soit relever une contradiction entre l'AMP et les directives européennes, soit conclure que l'AMP pouvait être interprété de façon nettement plus écologique que ne le supposait la conception jusqu'alors dominante. En bref, chacun pouvait aisément observer, au niveau international, que le vent avait tourné.

En ce qui concerne la Suisse, il devenait de plus en plus évident que l'objectif de développement durable contenu dans la Constitution fédérale du 18 avril 1999 en vigueur (art. 2 al. 2, Cst.) était davantage qu'une simple «mise à jour» du droit déjà existant. Dans la Stratégie pour le développement durable 2002, le Conseil fédéral établissait donc que la pérennité du système économique et financier mondial dépendait de sa capacité à intégrer des exigences sociales et écologiques. C'est pour ces raisons que la Suisse s'est tout spécialement engagée en faveur du développement durable au sein de l'OMC, en tentant d'inscrire les conflits d'intérêts y afférents à l'ordre du jour. Parallèlement, le Conseil fédéral s'effor-

çait de promouvoir un report de la demande provenant des pouvoirs publics (et des particuliers) vers des produits dont le cycle de vie complet répond à des standards économiques, environnementaux et sociaux élevés (Stratégie pour le développement durable 2002).

### **Adaptation des fondements juridiques à la stratégie de développement durable (2006–2010)**

Entre 2001 et 2006, un revirement sensible de l'opinion dans le monde de la législation des marchés publics s'est fait jour; il a d'ailleurs fait l'objet d'une description détaillée dans ces pages (Revue de l'acheteur 8/2009 et 10/2010). Les nouveaux fondements juridiques, sur lesquels nous reviendrons de façon approfondie par la suite, ont toutefois constitué une réelle ouverture au niveau fédéral. La Stratégie de développement durable 2008–2011 du Conseil fédéral contenait déjà l'objectif correspondant. Conformément à ce dernier, la Confédération s'est fixé pour but d'endosser un rôle de modèle en réservant la demande d'articles et la construction d'ouvrages à une production non seulement économique, mais aussi écologique et socialement responsable (Conseil fédéral suisse, Stratégie de développement durable:

lignes directrices et plan d'action 2008–2011, p. 21 et suivantes); et ce en sachant que l'Etat ne peut invoquer de manière crédible la responsabilité des entreprises privées en ce qui concerne la prise en compte de demandes de développement durable que s'il peut prouver que lui-même agit en ce sens (p. 22). Pour l'acheteur moyen, c'est seulement avec la révision de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP) au 1<sup>er</sup> janvier 2010 que les choses se sont concrétisées. Le rapport explicatif sur la modification de l'ordonnance du 18 novembre 2009 (plus précisément sur la nouvelle disposition de l'art. 27, al. 2, OMP) établit clairement que le Conseil fédéral promeut une pratique durable des achats. Cela n'implique désormais plus, comme auparavant, «simplement» l'instauration de marchés publics écologiques («Green Public Procurement»), mais également l'exclusion des prestataires ne respectant pas les normes fondamentales du travail de l'Organisation internationale du travail (ILO Core Labour Standards). S'il ne s'agit pas là uniquement de prévenir le travail des enfants (art. 7, al. 2, OMP), cela représente tout de même un point essentiel. En complément, le Masterplan Cleantech du Conseil fédéral (et en parallèle l'association économique Swisscleantech)

a ensuite formulé l'idée que la compétitivité de notre économie était renforcée par les innovations écologiques. Il est en outre clair qu'il ne peut y avoir de tournant énergétique sans stratégie d'achats publics durables.

### **Recommandations en faveur d'achats durables 2010**

Nous savons par les débats relatifs à la responsabilité sociale des entreprises que si les belles promesses en matière de développement durable sont bien vues, le réel défi réside dans leur concrétisation et leur mise en application. Ce constat vaut aussi pour les marchés publics. A cet égard, un premier pas a été franchi avec les recommandations de la Commission des achats de la Confédération en faveur d'achats durables du 8 juillet 2010, dont l'objectif principal réside dans la mise en œuvre effective des normes fondamentales du travail de l'Organisation internationale du Travail (concernant le travail des enfants notamment) par l'ensemble de la chaîne de livraison et de négoce. Le prestataire est ainsi tenu d'obliger également ses sous-traitants et ses fournisseurs à agir de façon correspondante. Au regard des nouveaux fondements juridiques et de ces recommandations, il existe aujourd'hui un consensus au sein de l'administration fédé-

rable, en vertu duquel les achats durables – dans la mesure où ils ne contribuent pas (de façon exceptionnelle) à compromettre les principes fondamentaux du droit des marchés publics – sont juridiquement conformes si les exigences ont un lien suffisamment étroit avec l'objet de l'achat.

### **Révision totale de l'Ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale (Org-OMP)**

Comme toujours lorsqu'un objectif est vraiment pris au sérieux sans qu'aucune obligation juridique formelle ne doive être instaurée pour mettre en œuvre le comportement souhaité, une surveillance et des statistiques sont nécessaires. Cela relève d'ailleurs, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, du droit applicable. L'Org-OMP du 24 octobre 2012 impose la garantie d'achats efficaces au plan économique, juridiquement conformes et durables de la part de l'administration fédérale (art. 2 Org-OMP). Dans ce cadre, les recommandations en faveur des achats durables du 18 juillet 2010 sont déterminantes. En ce sens, on ne cesse de souligner le fait que la mise en œuvre cohérente du droit applicable notamment dans le domaine des achats écologiques serait au moins aussi utile qu'une potentielle révision

progressiste de la loi. L'objectif du controlling des achats réside entre autres, conformément à l'art. 4, let. b, Org-OMP, dans le pilotage des achats axé sur le développement durable, qui intègre les aspects économique, environnemental et social (cf. également art. 12, al. 1, let. c, Org-OMP). La surveillance des achats durables recouvre logiquement, et conformément à l'art. 8 Org-OMP, les indicateurs servant au reporting sur la prise en compte des critères économiques (à savoir, au sens strictement juridique, la rentabilité), écologiques et sociaux dans le cadre de l'adjudication de mandats. Par conséquent, la promotion des achats durables dans les trois dimensions que sont la rentabilité, l'écologie et l'équité sociale (art. 24, al. 1, let. i, Org-OMP) relève des compétences de l'organe stratégique (désormais la Conférence des achats de la Confédération). La boucle est donc bouclée. Il est maintenant impossible de s'opposer à la mise en application en se retranchant derrière des arguments juridiques ou d'espérer échapper à la surveillance comme c'était le cas jusqu'ici, car cela générerait assez rapidement un risque de réputation.

### **Conséquences pour l'avenir**

Malgré la promulgation de la nou-

velle ordonnance sur l'organisation, la mise en œuvre au niveau fédéral n'est pas encore atteinte; elle est même toujours complexe. La Conférence des achats va probablement édicter des recommandations nationales relatives à des catégories spécifiques de produits selon le modèle de la recommandation remaniée en 2012 sur les achats de bois produit durablement (notamment pour le papier, les textiles, les équipements informatiques, les détergents, etc.). Et l'offre de formation du Centre de compétence des marchés publics (CCMP) va de toute façon être fortement développée. Last but not least, la question se posera de savoir si l'Office fédéral des constructions et de la logistique notamment aura besoin de spécialistes indépendants des achats durables pour mettre en œuvre ces derniers.

Enfin, pour ceux d'entre vous qui définissent la politique des achats d'entreprises privées, tel est mon sentiment: la comparaison transversale entre le comportement d'achat des acteurs publics et celui des acteurs privés gagnera encore en importance non seulement pour les marchés publics, mais aussi pour les responsables des achats et les acheteurs stratégiques, notamment des grandes entreprises privées. ■