



Créer un environnement juridique favorable au développement durable dans les marchés publics

Les points clés pour la révision et modernisation de la loi

Novembre 2012

La présente note s'attache à donner un bref panorama des point-clés indispensables à la création d'un cadre juridique européen, suffisamment flexible et clair, favorable au développement durable dans les marchés publics. Il est important qu'un pouvoir adjudicateur puisse choisir s'il prend en compte le développement durable dans ses décisions d'accorder des marchés publics. Choisir de le faire renforcerait, au lieu d'entraver, les politiques de l'Union européenne ou de l'Etat membre concerné.

Le pouvoir d'achat public est reconnu comme un outil pour faire évoluer le marché et ainsi soutenir des objectifs politiques. Si la passation d'un marché public prend en compte le développement durable, non seulement l'acheteur public acquiert un objet qui aura la fonction désirée mais, de plus, il s'assure que l'argent de l'Etat (provenant du contribuable) est dirigé vers un produit ou un service qui contribue à la promotion du développement durable, ou du moins qui ne le contredit pas.

Le préambule du texte proposé par la Commission reconnaît que les marchés publics jouent un rôle essentiel dans la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive. Ce n'est qu'un exemple des stratégies de l'Union européenne qui font appel à cet outil... Cependant, les règles actuelles ne permettent pas forcément l'utilisation optimale du pouvoir d'achat stratégique. Le préambule rappelle également l'obligation, imposée par le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, d'intégrer la protection de l'environnement dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, afin de promouvoir le développement durable.

Il faut un texte qui soit à la hauteur de ces aspirations, tout en assurant que les pouvoirs adjudicateurs, qui sont motivés à le faire, aient la sécurité juridique de continuer leurs achats durables. Non seulement la proposition de la Commission ne va pas suffisamment loin, mais de plus, certains amendements soumis pour la considération d'IMCO représentent un pas en arrière. Accepter de tels amendements empêcherait la poursuite d'options plus durables dans la passation des marchés publics.

<p>Pour une analyse plus détaillée des amendements soumis (IMCO) veuillez lire (en anglais) <i>Using technical specifications and award criteria to promote sustainable development – reflections on IMCO amendments</i> (Articles 40 et 60) (septembre 2012) et <i>Life-cycle costing – reflections on IMCO amendments</i> (septembre 2012)</p>
--

Les caractéristiques qui correspondent au développement durable et à la fonction doivent être reconnues

Etablir les caractéristiques d'un produit ou d'un service que l'on souhaite acheter est le premier pas du processus d'achat. De plus, une évaluation des caractéristiques permet de choisir entre plusieurs options. Il s'en suit que la possibilité d' « acheter durable » sera gravement entravée si on limite la compréhension des « caractéristiques » aux éléments pertinents à l'utilisation, par exemple, la composition, la façon de fonctionner, la présentation visuelle, etc.

Une telle interprétation pourrait mener à des problèmes pour ceux qui voudraient considérer:

- Un bon niveau d'efficacité énergétique dans la production
- L'absence du travail d'enfants dans la fabrication et la chaîne d'approvisionnement
- L'utilisation de matières premières d'origine durable (y compris les dimensions sociales de la gestion durable)
- La non-utilisation de produits dangereux pour la santé dans la production

Certains pouvoirs adjudicateurs ont eu peur de préciser un processus de production durable qui ne serait pas perceptible dans le produit qui en résulte. Cette inquiétude est due à une interprétation trop conservatrice de l'obligation que toute caractéristique précisée doit être liée à l'objet du marché (c'est-à-dire, ce qu'on achète).

La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne démontre que le lien à l'objet du marché peut être interpréter largement et que les considérations sociales et environnementales dans la phase de production peuvent être liées à l'objet du marché, même si leur impact n'est pas perceptible dans le produit ou le service acheté – par exemple, l'électricité renouvelable ou les produits du commerce équitable.

Une affirmation explicite qu'une conséquence sur le fonctionnement, la composition ou la présentation visuelle n'est pas forcément nécessaire donnera confiance aux acheteurs publics qui aimeraient acheter des produits et des services fabriqués ou fournis selon des critères du développement durable. Il faut ajouter qu'une telle affirmation apporterait plus de sécurité juridique que le texte rédigé par la Commission qui note simplement que « les caractéristiques peuvent également se référer au processus spécifique de production ou de fourniture ».

Vérifiez si les amendements que vous votez:

- Reconnaittent explicitement qu'une caractéristique puisse ne pas être perceptible dans les qualités physiques ou visuelles ou dans le fonctionnement du produit ou du service.
- Reconnaittent qu'il est permis de viser aussi bien les objectifs stratégiques que les besoins fonctionnels du pouvoir adjudicateur dans les spécifications techniques.

Préciser une caractéristique comme une spécification technique ou comme un critère d'attribution – le choix du pouvoir adjudicateur ne doit pas être limité

La législation actuelle manque de clarté quant au droit d'incorporer des considérations stratégiques à toutes les étapes de la procédure – cela a entraîné des réticences (provoquées par la crainte d'action légale) à utiliser les considérations sociales et/ou environnementales comme des spécifications techniques et des critères d'attribution. Il faut que cette confusion cesse. Le meilleur résultat serait de clarifier que les considérations de développement durable sont admissibles dans toutes les étapes du processus. Ainsi, ce serait le pouvoir adjudicateur qui déciderait comment et à quelle étape il veut incorporer ces considérations.

Les étapes qui auront le plus d'impact sont :

Les spécifications techniques : Ce sont les spécifications minimum – seulement les produits ou les services qui les remplissent sont considérés. L'inclusion d'une ou de plusieurs spécifications du produit ou du service liées au développement durable signifierait que l'argent des contribuables se dépenserait seulement dans l'achat d'un produit ou d'un service qui remplit ces conditions.

Les critères d'attribution : Ils permettent à un pouvoir adjudicateur qui essaie de déterminer « l'offre la plus économiquement avantageuse » de comparer les produits ou les services qui remplissent les spécifications minimum. Les critères d'attribution s'utiliseraient à la place des spécifications techniques lorsque le pouvoir adjudicateur préférerait une telle caractéristique mais ne voudrait pas payer trop de premium ou voir la qualité affectée. Les critères seraient pondérés et chaque offre serait considérée selon un score représentant la mesure dont elle satisfait chaque critère.

Vérifiez si les amendements que vous votez :

- Ne font pas de différence entre les types de caractéristiques admissibles comme les spécifications techniques (voir l'Article 40 et l'Annexe VIII) et celles qui sont admissibles comme les critères d'attribution (voir l'Article 66(2))

Il ne faut pas limiter la compréhension du coût du cycle de vie

L'introduction du coût du cycle de vie fait partie de l'abandon de la mentalité que le moins-disant doit toujours gagner – un abandon recommandé dans le rapport du Parlement européen d'octobre 2011 et toujours très important.

Cependant, si on ne reconnaît qu'une version partielle du coût du cycle de vie, on n'atteindra pas une augmentation des achats vraiment durables. La notion est menacée sur deux fronts : certains amendements essaient d'éliminer une partie des coûts qui pourraient être inclus, et d'autres attaquent la définition même du « cycle de vie ».

La définition du « cycle de vie » - qui a des conséquences sur l'ampleur des coûts du cycle de vie – sera dépourvue de sens si on la limite aux étapes suivant l'achat. En supprimant de la définition les étapes de production et de transport, il est fort possible qu'on omette la majorité des impacts liés au développement durable. Par exemple, le carbone émis pendant le déplacement du produit ou de ses constituants représente souvent une part importante de son empreinte carbone. On n'inciterait pas le marché à changer ses pratiques qui nuisent à l'environnement ou au bien-être de la société si ces coûts ne sont pas pris en compte.

D'un point de vue économique, il est logique d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à évaluer la possibilité que leur choix de produits ou de services puisse entraîner des coûts élevés pour l'Etat sur le long terme. Un exemple classique est les coûts sanitaires liés aux conséquences pour la santé de l'achat de véhicules plus polluants. Emettre du dioxyde de carbone ou poursuivre des activités qui mènent à la perte ou à la dégradation des écosystèmes et de la biodiversité entraînerait des coûts additionnels pour tous (par exemple, l'adaptation à de nouvelles tendances climatiques ou le besoin de rechercher de nouvelles matières premières). Ainsi, la possibilité de refléter dans les spécifications techniques et/ou dans les critères d'attribution des choix de production durables est intégrale au désir de maximiser l'efficacité des marchés publics (rapport qualité-prix etc.). Bien qu'il soit difficile de s'accorder sur les chiffres exacts de tels coûts et bien qu'actuellement, les formules de coût du cycle de vie ne les prennent pas en compte pour certains produits, ceci ne signifie pas qu'il faille exclure les coûts indirects de la description du « coût du cycle de vie ». Au contraire, la Directive devrait garder cette possibilité ouverte.

Vérifiez si les amendements que vous votez :

- Incorporent l'option de prendre en compte les coûts indirects (également appelés externalités) dans la description du « coût du cycle de vie » (Article 67(1))
- Détaillent les étapes qui précèdent l'achat et l'utilisation, comme l'acquisition des matières premières ou la production et le transport, dans la définition du « cycle de vie » (Article 2(1) point 22)

Calculer le coût du cycle de vie ne doit pas être le seul moyen de prendre en compte les considérations environnementales dans les marchés publics

Il est vrai que l'utilisation du coût du cycle de vie est un moyen d'intégrer le développement durable et l'efficacité dans l'utilisation des ressources dans la passation des marchés publics. Néanmoins, pour réaliser plus globalement l'objectif d'utiliser l'instrument des marchés publics pour promouvoir le développement durable, des approches supplémentaires sont nécessaires.

Beaucoup de considérations liées au développement durable, qui peuvent et devraient être précisées dans les spécifications techniques et les critères d'attribution, ne sont pas pourtant facilement chiffrables (ou du moins, les méthodes pour le faire ne sont pas encore peaufinées). La révision de la Directive ne doit surtout pas contraindre les considérations liées au développement durable à seulement l'application du « coût du cycle de vie ».

Vérifiez si les amendements que vous votez :

- Effacent l'option d'accorder le contrat au moins-disant (que ce soit le prix le plus bas ou le « coût du cycle de vie » le plus bas)
- Exigent qu'un pouvoir adjudicateur stipule plusieurs critères pour décider de « l'offre la plus économiquement avantageuse », dont au moins un critère qui ne doit pas uniquement regarder les aspects financiers de l'offre.

ClientEarth est une organisation de droit de l'environnement à but non-lucratif basée à Londres, Bruxelles et Varsovie. Nous sommes des avocats engagés travaillant à l'interface entre le droit, les sciences et les politiques publiques. Nous utilisons la force du droit pour élaborer des stratégies et des outils juridiques qui cherchent à résoudre les problèmes environnementaux majeurs.

Pour lire les autres publications de ClientEarth (en anglais) veuillez cliquer sur: <http://www.clientearth.org/public-procurement/publications/>

Contact: Catherine Weller (cweller@clientearth.org) et Janet Meissner Pritchard (jpritchard@clientearth.org)