

La durabilité dans le nouveau droit des marchés publics : un changement de paradigme effectif ?

La nouvelle Loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics se propose de marquer un changement de paradigme vers des marchés publics durables, d'une part en introduisant les trois dimensions du développement durable parmi les buts de la loi et, d'autre part, en créant une place pour intégrer des critères liés à la durabilité aux différents stades de la procédure de passation. Dans cette contribution, les auteures analysent la portée de ces changements et parviennent à la conclusion que l'interprétation historique et systématique de la loi impose désormais aux adjudicateurs de prendre en compte les préoccupations écologiques et sociales à chaque fois qu'il paraît possible ; dans ce cadre, elles formulent des recommandations visant à favoriser la concrétisation effective du changement fondamental voulu par le législateur vers des marchés publics durables et non plus seulement orientés à l'efficacité économique.

I. Introduction	442
II. Les premiers pas vers un changement de mentalité	442
III. La durabilité des achats dans la nouvelle LMP	444
1. Dans les buts de la loi	445
2. Aux différents stades de la passation des marchés	446
IV. Un changement de paradigme effectif ?	450

Citation:

FEDERICA DE ROSSA / CLARISSA DAVID,
La durabilité dans le nouveau droit des marchés
publics : un changement de paradigme effectif ?,
sui generis 2020, p. 441

Federica De Rossa, Professeure assistante de Droit de l'économie, Istituto di diritto dell'Università della Svizzera italiana (USI), Lugano, et Juge suppléante du Tribunal fédéral (federica.de.rossa@usi.ch); Clarissa David, MLaw, assistante diplômée à l'USI et doctorante à l'Université de Fribourg (clarissa.david@usi.ch). Cette contribution est le fruit de recherches effectuées dans le cadre du projet « Sustainable Public Procurement » (N. 407340_172351) financé par le Programme national de recherche 73 – « Sustainable Economy » du FNS.

URL: sui-generis.ch/155

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.155>

Ce(tte) œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution – Partage dans les Mêmes Conditions 4.0 International.

I. Introduction

- 1 Depuis quelques années et de manière croissante, les adjudicateurs utilisent le droit des marchés publics comme moyen de promotion des objectifs du développement durable. La Confédération déclare notamment vouloir « *montrer l'exemple* » par son mode de consommation durable, en prenant en considération, lors de ses achats publics, des biens ou services « *qui répondent tout au long de leur durée de vie à des exigences économiques, écologiques et sociales élevées* », le respect de « *critères de rentabilité, de l'environnement, de la protection de la santé et, autant que possible, de la responsabilité sociétale* ». ¹ Les achats publics représentent en effet une part significative du PIB national; ² la promotion des critères de durabilité dans ce cadre permet partant d'utiliser les fonds publics de façon non seulement économique mais aussi écologique et socialement responsable, et en même temps encourage les comportements vertueux des acteurs économiques privés. ³
- 2 Cet *usage stratégique* ⁴ des marchés publics se heurte cependant à l'empreinte libériste du droit qui les régit : développé dans les années nonante sous l'impulsion de la ratification de l'AMP ⁵ par la Suisse et de l'adoption de la LMI, ⁶ celui-ci est essentiellement conçu en tant qu'instrument de libéralisation des échanges internationaux, voire (suivant la valeur du marché) de création d'un marché intérieur sans discriminations, ainsi que de lutte contre les pratiques protectionnistes. ⁷ Sa structure et les principes le régissant répondent ainsi essentiellement à

1 Conseil fédéral, Stratégie pour le développement durable 2016-2019, 27 janvier 2016, p. 51.

2 À titre indicatif, la Confédération, les cantons et les communes dépensent annuellement environ 40 milliards de francs, correspondant au 8% du PIB helvétique (Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche [DEFR], Marchés publics : répondre à un appel d'offres).

3 Gesellschaftliche Verantwortung der Unternehmen – Positionspapier und Aktionsplan des Bundesrates zur Verantwortung der Unternehmen für Gesellschaft und Umwelt, Berne 2015, p. 35.

4 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions du 3 octobre 2017 (COM[2017]572 final), p. 2s. et p. 9ss.; Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Strategic public procurement, in Government at a Glance 2017, OECD Publishing, Paris, 2017; MARC STEINER, Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel?, Jusletter 16 janvier 2012, p. 3; BEATE SJÅFJELL / ANJA WIESBROCK, Why should public procurement be about sustainability?, in: Sjøfjell/Wiesbrock (éds.), Sustainable public procurement under EU law – new perspectives on the state as stakeholder, Cambridge 2016, p. 2.

5 Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP; RS 0.632.231.422).

6 Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02).

7 ANDREAS R. ZIEGLER / SILVIO DA SILVA, L'importance de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics pour le droit des marchés publics en Suisse, in: Boillet/Favre/Martenet (éds.), Zurich 2020, p. 820 et 822.

des objectifs de nature économique, tels que la garantie de l'égalité de traitement et d'une concurrence efficace entre les soumissionnaires ainsi qu'une utilisation parcimonieuse des deniers publics. Dans ce cadre, les exigences écologiques et sociales sont généralement considérées comme des objectifs secondaires, étrangers au droit des marchés publics, et leur intégration dans les appels d'offre s'avère partant souvent délicate dans la pratique. ⁸ Face à ce constat, le législateur fédéral a saisi l'occasion de la révision totale du droit des marchés publics ⁹ pour réaliser un *changement de paradigme*, en recherchant un équilibre approprié entre ces objectifs.

Après avoir tracé une brève esquisse de l'évolution de la pratique des achats durables dans ces dernières années, sous l'impulsion surtout des développements du droit européen ¹⁰ (II), cette contribution se propose ainsi d'analyser dans quelle mesure la nouvelle loi permettra une intégration plus prononcée des préoccupations écologiques et sociales aux différents stades de la procédure de passation (III), pour conclure que la volonté claire du législateur impose désormais aux adjudicateurs d'user de leur marge d'appréciation en faveur du développement durable chaque fois qu'il leur est possible ; au demeurant, quelques recommandations seront formulées afin de favoriser la concrétisation effective du changement de paradigme voulu (IV).

II. Les premiers pas vers un changement de mentalité

Vers la fin des années nonante déjà, la Commission européenne soulignait que les achats publics peuvent constituer un moyen significatif d'orientation de l'action des opérateurs économiques afin de renforcer des objectifs

8 Cf. i.a. FEDERICA DE ROSSA GISIMUNDO, Nachhaltigkeit und Protektionismus im öffentlichen Beschaffungswesen – Der schmale Grat am Beispiel des neuen Tessiner Vergabegesetzes, recht 2019/3, p. 167 et les réf.; MARC STEINER (n. 4); au plan international: SJÅFJELL/WIESBROCK (n. 4); JÖRGEN HETTNE, Sustainable public procurement and the single market – is there a conflict of interest?, European Procurement & Public Private Partnerships Law Review (EP-PPL) 1/2013, p. 31ss. ; European Commission, Strategic public procurement : facilitating green, inclusive and innovative growth, EP-PPL 3/2017, p. 219 ss.

9 La nouvelle Loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics va entrer en vigueur le 1. janvier 2021 et va également déclencher un processus d'harmonisation du droit fédéral et des droits cantonaux. Voir ég. le Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (FF 2017 1695).

10 Lequel, tout en n'ayant aucun caractère contraignant direct pour la Suisse, constitue néanmoins une « *source d'inspiration* » pour les autorités adjudicatrices et judiciaires: FEDERICA DE ROSSA GISIMUNDO, L'influsso della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea sulla giurisprudenza del Tribunale federale, in: Bernasconi/Filippini (éds.), Giurisprudenza recente del Tribunale federale – Sentenze di principio, cambiamenti di prassi e questioni lasciate aperte, Bâle, 2017, p. 175.

de nature sociale ou écologique et que la prise en compte de ces aspects ne contredit pas l'objectif d'une utilisation optimale des deniers publics. Elle estimait d'ailleurs qu'une modification des règles existantes n'était pas nécessaire, à condition néanmoins de « définir des orientations précises » à suivre dans les procédures de passation de marchés.¹¹ Ces propos ont été ensuite formalisés dans la directive 2004/18/CE¹² et progressivement précisés par la jurisprudence de la CJUE. Dans un arrêt de principe,¹³ la Cour a en effet établi que les spécifications techniques peuvent être formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles pouvant inclure également des caractéristiques environnementales, telles que l'exigence d'une méthode de production déterminée (ou d'un procédé analogue) certifiée par le label «EKO», conçu afin de favoriser la production biologique. En revanche, le label de commerce équitable «MAX HAVELAAR» ne peut pas être requis en tant que spécification technique, car les critères sur lesquels il repose¹⁴ ne relèvent pas des caractéristiques liées aux produits, à leur fabrication ou utilisation, mais bien des conditions dans lesquelles le fournisseur les a acquis du producteur. La Cour a ensuite admis que des exigences correspondant à ces deux labels¹⁵ peuvent être posées parmi les critères d'attribution, lesquels peuvent en principe également répondre à des préoccupations liées aux besoins propres à des catégories de population particulièrement défavorisées.¹⁶ Elle a au demeurant précisé que le critère de durabilité doit présenter un *lien suffisant* avec l'objet du marché et n'avoir « aucune implication quant à la politique générale d'achat des sou-

11 Communication from the Commission about the Public Procurement in the European Union du 11 mars 1998 (COM[1998]143), p. 25 et 29.

12 Directive 2004/18 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, abrogée le 18 avril 2014, N 46 et art. 26.

13 Décision de la CJUE C-368/10 du 10 mai 2012 (Commission contre Pays-Bas).

14 Le prix payé doit couvrir tous les frais et comprendre une prime supplémentaire par rapport au cours du marché; la production doit faire l'objet d'un préfinancement; l'importateur doit entretenir des relations commerciales de longue durée avec les producteurs : Décision de la CJUE C-368/10 du 10 mai 2012 (Commission contre Pays-Bas), N 73.

15 Le pouvoir adjudicateur est en effet autorisé à exiger des spécifications détaillées dans un label déterminé, mais non un label en tant que tel. Le recours à une marque ne peut avoir lieu que dans le but de fournir un document unique et officiel de référence pour faciliter la preuve que les caractéristiques environnementales ou sociales définies dans le cahier des charges sont satisfaites ; il n'exonère pas le pouvoir adjudicateur de son devoir de mentionner les caractéristiques détaillées qu'il exige.

16 A noter que la Cour a souligné que le respect de ces critères entre dans le cadre de la notion de « conditions » d'exécution du marché » lesquelles, selon l'article 26 de la directive en question, peuvent notamment viser des considérations d'ordre social. La Commission n'ayant pas soulevé le grief correspondant, la Cour n'a cependant pas abordé la question sous cet angle (Décision de la CJUE C-368/10 du 10 mai 2012 [Commission contre Pays-Bas], N 75 ss.).

missionnaires».¹⁷ Dans le sillon de cette jurisprudence, la directive 2014/24/UE souligne ainsi que sont inadmissibles les critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise qui ne peuvent être considérés comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des biens ou services achetés, et que les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas autorisés à exiger des soumissionnaires qu'ils mettent en place une politique particulière de responsabilité sociale ou environnementale *de l'entreprise elle-même*.¹⁸

De manière analogue, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet que des critères sociaux et écologiques ne peuvent être posés dans un appel d'offres que s'ils présentent un *lien matériel* avec l'objet du marché à adjuger *in concreto* et sont donc justifiés par le marché même. En l'absence d'un tel lien, ils doivent être considérés comme étrangers à l'adjudication (*vergabefremde*) et alors une base légale doit les prévoir de manière explicite. Il faut de surcroît qu'ils gardent un caractère accessoire, marginal, par rapport au prix, qui devrait toujours rester le critère principal ; à cette fin, est non seulement déterminante la valeur absolue de pondération du critère telle qu'elle est indiquée dans l'appel d'offre, mais bien son poids relatif par rapport aux autres. Au demeurant, la durabilité ne doit pas être utilisée à de fins protectionnistes déguisées.¹⁹

D'autre part, quelques législations cantonales ont déjà 6 ouvert la voie à une marge d'appréciation plus étendue des adjudicateurs à l'égard de la durabilité dans les marchés publics. A titre d'exemple, la plupart des réglementations cantonales prévoit désormais le critère (d'adjudication) de la formation des apprentis et de la formation professionnelle²⁰ et le législateur tessinois en a même

17 Décision de la CJUE C-368/10 du 10 mai 2012 (Commission contre Pays-Bas), N 90; art. 53 §1 lit. a directive 2004/18.

18 Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, N 97.

19 En général, sur les conditions d'admissibilité des critères sociaux et écologiques dans la jurisprudence fédérale et cantonale, voir p. ex.: ATF 140 I 285 et BGE 129 I 313 ; Décision du Tribunal fédéral 2P.342/1999 du 31 mai 2000 et 2P.242/2006 du 16 mars 2007 ; Décision du Tribunal administratif fédéral B-5601/2018 du 24 avril 2019 ; Décisions du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2014.00188 du 8 mai 2014 et VB.2017.00512 du 5 octobre 2017 ; Décisions du Tribunal administratif du canton de Argovie AGVE 1999 294 du 28 mai 1999 et AGVE 2016 183 du 7 juillet 2016. Voir ég. à ce sujet OLIVIER RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, Revue de droit Administratif et de droit Fiscal (RDAF) 2001 I, p. 403; MARC STEINER, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung, Vergaberechtliches Arbeitspapier im Auftrag der IGÖB, 4 éd., Berne, octobre 2017, p. 30 ss. ; DE ROSSA GISIMUNDO (n. 8).

20 Voir p. ex. MARKUS LANTER, Die Bewertung der Lehrlingsausbildung im Vergaberecht, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 114/2013, p. 599 ss.

établi le caractère obligatoire.²¹ Ensuite, en sus de l'obligation de s'acquitter des contributions sociales et de respecter l'égalité salariale ainsi que la protection des travailleurs, typiquement posée comme condition de participation, une palette de préoccupations (surtout) sociales nouvelles a trouvé une base légale expresse parmi les critères d'adjudication: la responsabilité sociale;²² le recrutement de demandeurs d'emploi inscrits dans un office régional de placement et une collaboration active avec celui-ci pour l'annonce des postes vacants;²³ l'emploi de personnes handicapées pouvant exercer une activité lucrative;²⁴ la création de postes de travail et la stabilité du personnel de l'entreprise.²⁵ En général, ces critères ne sont applicables qu'aux marchés non soumis aux traités internationaux. Au demeurant, les lignes directrices édictées par les collectivités publiques jouent un rôle fondamental pour faire en sorte que les adjudicateurs saisissent leur marge de manœuvre pour intégrer effectivement ces critères.²⁶

III. La durabilité des achats dans la nouvelle LMP

- 7 Dans le sillon des pratiques décrites ci-dessus, le législateur fédéral a saisi l'occasion de la révision totale du droit des marchés publics dictée par la nécessité de ratifier l'Accord sur les marchés publics de l'OMC révisé en 2012 (AMP 2012) pour y intégrer également la dimension de la durabilité.²⁷
- 8 L'Accord lui-même mentionne en effet explicitement la possibilité d'introduire dans les appels d'offres des spécifications techniques aptes à « encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement » ainsi que la faculté d'indiquer parmi les critères d'évaluation les « caractéristiques environnementales »

21 Art. 53 al. 3 Regolamento di applicazione della legge sulle commesse pubbliche e del concordato intercantonale sugli appalti pubblici RLCPubb/CIAP du 12 septembre 2006 (RLCPubb/TI, RL/TI 730.110) entré en vigueur le 1 janvier 2020. Pour une analyse plus approfondie de la révision de la loi tessinoise, cf.: DE ROSSA GISIMUNDO (n. 8), p. 170.

22 Art. 53 cpv. 2 RLCPubb/TI.

23 Art. 43 al. 4 lit. a et b Règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP/GE, RSG L 6 05.01).

24 Art. 43 al. 4 lit. c RMP/GE. Art. 10 Legge ticinese sull'integrazione sociale e professionale degli invalidi del 14 marzo 1979 (LISPI; RL/TI 875.100).

25 §5 al. 4 Gesetz über die öffentliche Beschaffungen vom 19. Oktober 1998 (ÖBG/LU, SRL 733); Art. 43 al. 4 lit. d RMP/GE.

26 Voir p. ex. le Guide romand pour les marchés publics (mai 2020), Annexes Q5 et T5; Cf. ég. l'art. 53 al. 4 RLCPubb/TI.

27 MARC STEINER, Kurzabriss zu Entstehungsgeschichte und Zwecksetzung des BÖB vom 21. Juni 2019, Revue du droit de la construction et des marchés publics (BR/DC), 2020, p. 8.

du bien ou de la prestation offerts.²⁸ De plus, la révision de l'AMP a voulu renforcer la transparence ainsi que la prévention des conflits d'intérêts et des pratiques frauduleuses conformément aux instruments internationaux applicables, tels que la Convention des Nations Unies contre la corruption.²⁹ En raison d'une absence de consensus parmi les Etats membres,³⁰ la dimension sociale de la durabilité est par contre totalement absente, ce qui ne doit d'ailleurs pas étonner compte tenu de la réticence historique de cette Organisation à l'égard de la reconnaissance d'une « clause sociale » dans le cadre des libres échanges commerciaux.³¹ La fermeture à l'égard des aspects sociaux n'a toutefois pas été totale, car des groupes de travail ont été constitués afin d'assurer des développements ultérieurs dans cette direction.³²

D'autre part, à l'époque, une série d'actes parlementaires³³ ont manifesté la volonté de profiter de la révision de la LMP pour assurer une intégration plus résolue du critère de la durabilité dans les procédures de passation des marchés publics, dans l'optique de réaliser un changement de paradigme permettant « une transition vers des marchés publics plus durables et une concurrence davantage axée sur la qualité ». ⁹ Ainsi, si déjà le projet d'une nouvelle LMP adopté le 15 février 2017 par le Conseil fédéral contribuait à charpenter dans la loi des pratiques précédemment consolidées, c'est le Parlement qui a ensuite donné l'impulsion décisive à la concrétisation de la dimension de la durabilité dans la nouvelle loi. Celle-ci figure désormais parmi les buts de la loi (1 ci-dessous) ainsi qu'au niveau des différentes étapes de la procédure de passation des marchés (2 ci-dessous); sa prise en considération devra permettre l'internalisation des

28 Art. X n. 6, resp. n. 9 AMP.

29 Préambule et Art. IV n. 4 AMP 2012.

30 Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (n. 9), p. 1729.

31 Déclaration ministérielle de Singapour du 13 décembre 1996, N 4. Sur ce sujet: NICOLAS MICHEL / SILVIA BUCHER, La clause sociale entre l'OMC et l'OIT, in Société civile et indivisibilité des droits de l'homme, Fribourg, 2000, p. 309 ss.

32 Des programmes de travaux sur les marchés publics durables ainsi que sur les PME ont été institués: voir les décisions du Comité des marchés publics de l'OMC du 30 mars 2012 et Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (n. 9), p. 1729.

33 Pour un regard exhaustif sur les derniers actes parlementaires, voire: JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Les grandes nouveautés, en particulier dans la réglementation, in: Zufferey/Beyeler/Scherler (éds.), Aktuelles Vergaberecht/Marchés publics 2018, Zurich 2018, p. 4 s.; MARTIN BEYELER / STEFAN SCHERLER, Vergaberecht 2018: neue Themen, neue Urteile, in: Zufferey/Beyeler/Scherler (éds.), Aktuelles Vergaberecht/Marchés publics 2018, Zurich 2018, p. 50 ss.; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Les grandes nouveautés – Réglementation et autres aspects, in: Zufferey/Beyeler/Scherler (éds.), Aktuelles Vergaberecht/Marchés publics 2020, Zurich et al 2020, p. 6 ss.

34 Interpellation 19.4259, Roduit Benjamin, Pour une incitation réelle à produire du bois naturel suisse; Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP) du 15 novembre 2019, Message type – Version 1.0 du 16 janvier 2020, p. 69 (cit. Message AIMP).

effets externes négatifs découlant des standard sociaux et écologiques différents, qui constituent l'un des problèmes principaux dans les marchés internationaux.³⁵

1. Dans les buts de la loi

a) La durabilité économique, écologique et sociale

10 L'art. 2 lit. a nLMP prévoit que la loi vise « une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables ». Les objectifs qui étaient auparavant considérés comme secondaires et en principe étrangers aux marchés sont désormais intégrés à côté des buts traditionnels, primaires, et acquièrent ainsi dignité égale par rapport à ces derniers.³⁶

11 L'art. 2 nLMP, qui définit les buts de la loi, ne peut qu'avoir une portée déclamatoire, programmatique, et n'est pas justiciable. Cependant, il n'est pas dépourvu de toute portée juridique, puisqu'il constitue un instrument d'interprétation de la loi exprimant de manière contraignante la volonté historique du législateur. En tant qu'instrument de concrétisation des art. 2 et 73 Cst.,³⁷ il implique que les principes de concurrence et d'efficacité économique ne pourront plus à priori prévaloir sur la promotion du développement durable et que les éventuels conflits devront être résolus en application du principe de la concordance pratique, compte tenu du risque d'une application protectionniste des exigences de durabilité.³⁸

12 Selon le Conseil fédéral la notion de durabilité contenue dans la loi se réfère à celle de l'art. 2 al. 2 Cst.³⁹ et a donc une acception large: elle possède trois dimensions (économique, sociale et écologique) et implique que la Confédération exige, dans sa qualité de consommatrice exem-

plaire, « la livraison de produits et d'ouvrages fabriqués dans le respect des critères de rentabilité, de l'environnement, de la protection de la santé et, autant que possible, de la responsabilité sociétale » ; une utilisation socialement durable des deniers publics peut également être assurée en tenant en considération les offres d'entreprises qui contribuent à renforcer le système de formation suisse.⁴⁰ Au demeurant, lors des délibérations parlementaires, la locution « volkswirtschaftlich »/ « dell'economia pubblica »⁴¹ fut rajoutée dans le but de garantir « une influence positive sur le pôle industriel suisse » ;⁴² la jurisprudence devra ainsi établir les contours de cette dimension de la durabilité, dont il sera nécessaire de garantir une concrétisation compatible avec l'art. 94 Cst.⁴³

b) La prévention de la corruption

L'art. 2 lit. d nLMP explicite la nécessité d'adopter des mesures de lutte contre la corruption dans le cadre de la 13
passation des marchés publics, en concrétisant ainsi le préambule et l'art. IV §4 de l'AMP 2012.⁴⁴ L'élément de nouveauté ne réside pas dans le but en soi, mais bien dans son explicitation dans la loi ainsi que dans les motivations qui la sous-tendent. En effet, dans le passé, le droit des achats publics n'a combattu la corruption qu'implicitement et de façon indirecte, uniquement par le biais de la garantie de la transparence et de l'égalité entre les soumissionnaires, et cela en réalité que pour des raisons économiques, car une adjudication viciée par un pot-de-vin comporte des coûts considérables en termes de prix et de qualité et n'est plus en mesure d'assurer une allocation optimale des ressources publiques.⁴⁵ Or, dans la nouvelle loi la lutte contre la corruption devient également un objectif de *governance*,⁴⁶ en ce qu'elle impose l'adoption de mesures d'organisation appropriées par les autorités adjudicatrices.⁴⁷ En outre, ce but concourt à la concrétisation de la durabilité dans les marchés publics : il sied en effet de constater que la prévention de la corruption constitue désormais une composante typique de la responsabilité des entreprises à

35 Conseil National, Bulletin officiel Session d'été 2018, Douzième séance, 13 juin 2018, Kathrin Bertschy, p. 1006.

36 Voir dans ce sens SUE ARROWSMITH / PETER KUNZLIK, Public Procurement and horizontal policies in EC law: general principles, in: Arrowsmith/Kunzlik (éds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge 2009, p. 14: « *The starting point in regulating horizontal policies in procurement should be that these policies have equal status with other governmental policies (...). Referring to 'horizontal policies' rather than 'secondary policies' can help to ensure that regulators (...) treat these policies on their merits, including a recognition of their equal status, and can thus contribute to a regulatory approach that is sufficiently nuanced to take account of the complexities of the issue.* »

37 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

38 Voir DE ROSSA GISIMUNDO (n. 8), p. 168 ; MARC STEINER, *Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen. Vergaberechtliche Studie erstellt im Auftrag der Beschaffungskommission des Bundes (BKB), Aarau 2016*, p. 103 ; Message AIMP (n. 34), p. 24.

39 STEINER, *Kurzabriss* (n. 27), p. 9. Sur les contours et la portée juridique relativement indéterminés de cette notion: ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Le développement durable en droit constitutionnel suisse DEP 2006*, p. 510 ss.

40 Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (n. 9), p. 1729.

41 Comme le remarque à juste titre JEAN BAPTISTE ZUFFEREY, *Nouveau droit (fédéral) des marchés publics: faire du neuf avec de l'ancien? Un peu plus tout de même*, BR/DC 2020, p. 6, seules les versions allemande et italienne révèlent l'intention réelle du législateur, la version française utilisant deux fois l'adjectif « économique ».

42 Message AIMP (n. 34), p. 25.

43 DE ROSSA GISIMUNDO (n. 8), p. 169.

44 DOMENICO DI CICCO, *La prévention de la corruption dans les marchés publics*, AJP 2020, p. 446.

45 SOPE WILLIAMS, *Coordinating public procurement to support EU objectives – a first step? The case of exclusions for serious criminal offences*, in: Arrowsmith/Kunzlik (éds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge 2009, p. 485 s.

46 STEINER, *Kurzabriss* (n. 27), p. 10.

47 DI CICCO (n. 44), p. 450.

l'égard de la société et du développement durable.⁴⁸ Ainsi, l'explicitation de ce but devrait également permettre aux adjudicateurs d'exiger des soumissionnaires l'adoption de mesures internes anticorruption dans le cadre du critère d'adjudication relatif au développement durable.⁴⁹ De toute façon, ce but apporte une dimension éthique supplémentaire dans la loi et il est dès lors susceptible d'accroître la prise de conscience à l'égard du fait que les marchés publics constituent un contexte favorable au développement des dynamiques corruptives, qui n'épargnent pas la Suisse.⁵⁰

2. Aux différents stades de la passation des marchés

14 La concrétisation des buts liés à la durabilité a lieu aux différents stades de l'évaluation des soumissionnaires et de leurs offres.

a) Les conditions de participation

15 Parmi les principes régissant la procédure de passation, l'art. 11 lit. b nLMP impose avant tout à l'adjudicateur de prendre des mesures *contre les conflits d'intérêts et la corruption*. L'art. 3 nOMP⁵¹ exige que la transparence à l'égard des activités accessoires et des liens d'intérêts des collaborateurs chargés de mener les procédures, ainsi que leur formation et sensibilisation (notamment par la signature d'une déclaration d'impartialité) soient assurées. Or, d'autres mesures (p. ex. la rotation du personnel clé) auraient également été envisageables afin de prévenir de manière plus incisive les formes de corruption dite « grise », qui d'ailleurs constituent les comportements à risque les plus typiques dans le cadre des

marchés publics.⁵² D'autre part, les art. 44 al. 1 lit. e et 45 nLMP autorisent l'adjudicateur à exclure de la procédure en cours et, le cas échéant, des marchés futurs le soumissionnaire qui a enfreint les dispositions relatives à la lutte contre la corruption, à savoir, selon le Message, les dispositions pénales en la matière ainsi que « d'autres dispositions relevant du droit civil (telles que les clauses d'un contrat ou de conditions générales) qui ont pour objet la lutte contre la corruption ».⁵³ Par conséquent, même dans ce contexte, on peut observer que toute forme de corruption grise restera sans suite. De plus, les adjudicateurs disposeront d'une grande marge d'appréciation,⁵⁴ et ceci à l'égard non seulement de la sévérité de la sanction à prononcer mais aussi de l'opportunité d'une mesure, étant donné qu'ils ne sont pas tenus d'attendre une condamnation entrée en force, mais peuvent déjà adopter une mesure lorsque de « fortes présomptions » d'un comportement illicite existent.⁵⁵ Il faut pourtant espérer que, dans leurs pratiques, ceux-ci fassent effectivement usage de cette marge de manœuvre pour établir un seuil de tolérance très bas à l'égard des comportements corruptifs.

Le législateur prétend au demeurant atteindre l'objectif 16 de la lutte contre la corruption grâce à l'introduction d'un devoir de publication des appels d'offres, des adjudications et des décisions d'interrompre la procédure sur une plateforme électronique. Toutefois, celui-ci n'est pas applicable aux adjudications de gré à gré des marchés non soumis aux accords internationaux ou inférieurs à la valeur seuil déterminante pour les procédures ouverte et sélective, ni à celles liées à une procédure sur invitation.⁵⁶ Or, la promotion de la transparence constitue indiscutablement un antidote très efficace à la corruption (grise, également) et il n'y a aucune raison d'en exclure les procédures exceptionnelles à concurrence limitée des petits marchés, car c'est précisément dans ces contextes qu'en réalité les risques majeurs de copinage et de trafic d'influence se cachent et pourraient donc être dévoilés par une transparence adéquate.⁵⁷

48 Position et plan d'action du Conseil fédéral du 15 janvier 2020 concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement, État de la mise en œuvre 2017-2019 et plan d'action 2020-2023, p. 18 s.; URS BOLZ / PASCAL LÜTHI / MELANIE METTLER, CSR – Der Bund als Vorbild?, Berne 2018, p. 25. D'ailleurs, la doctrine qui traite des marchés publics durables aborde systématiquement aussi la question de la lutte contre la corruption dans ce contexte; voir p. ex: A. MOHAMED ARAFA, Battling corruption within a corporate social responsibility strategy, *Indiana International & Comparative Law Review* 3/2011, p. 397 ss.; WILLIAMS (n. 45); AMAYO, Corruption and the challenge to sustainable public procurement (SPP): A perspective on Africa, in *EPPL* 3/2017, p. 253 ss.

49 Cf. infra III.2.d.

50 MARIA LUISA CESONI, Le domaine des marchés publics de la construction: un secteur vulnérable aux pratiques de corruption, in: Queloz/Borghgi/Cesoni (éds.), *Processus de corruption en suisse*, Bâle 2000, p. 123 ss. En Italie par exemple, ce lien se manifeste également au niveau institutionnel dans la mesure où l'autorité nationale indépendante anticorruption (ANAC) dispose de pouvoirs de surveillance et de sanction assez étendus sur les procédures d'adjudication des marchés publics.

51 Ordonnance sur les marchés publics du 12 février 2020 (nOMP; RS 172.056.11).

52 L'on songe p. ex. au trafic d'influence et aux formes de clientélisme ou de copinage. CESONI (n. 50), p. 123 ss.; PAOLO BERNASCONI / FEDERICA DE ROSSA GISIMUNDO, Manifesto di Lugano sulla lotta alla corruzione – Raccomandazioni intese a rafforzare la prevenzione e la repressione della corruzione, *Rivista ticinese di diritto (RTiD)* I-2014, p. 581 ss.

53 Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (n. 9), p. 1807.

54 DI CICCIO (n. 44), p. 451.

55 Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (n. 9), p. 1807.

56 Art. 48 al. 1 nLMP; cf. ég. l'art. 27 nOMP.

57 MARCO BORGHGI / FEDERICA DE ROSSA, Le copinage, une forme de corruption pernicieuse et typique (mais sous-estimée) en Suisse, in: Perrin/Meylan/Fiolka/Niggli/Riedo (éds.), *Droit pénal et criminologie, Mélanges en l'honneur de Nicolas Quéloz*, Bâle 2020, p. 250 et 255 ss.

L'argument invoqué par le Conseil fédéral, selon lequel il n'y a aucune raison de publier ces adjudications puisque « on ne peut faire valoir un droit d'être invité à participer à la procédure »⁵⁸ n'est pas pertinent car le contrôle assuré par le biais de la transparence répond à un intérêt public prépondérant et ne doit pas dépendre de la légitimation à participer à un marché.

- 17 Ensuite, les conditions de participations réservent une place à certains aspects de la *durabilité sociale et écologique*.
- 18 D'une part, l'art. 12 al. 1 et 2 nLMP prévoit l'obligation de respecter les dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail et de l'égalité salariale entre hommes et femmes, en distinguant deux scénarios suivant le lieu d'exécution de la prestation. Si celui-ci est en Suisse, le marché ne peut être adjugé qu'à des soumissionnaires (nationaux ou internationaux) respectant les dispositions sur la protection des travailleurs et des conditions de travail⁵⁹ en vigueur au lieu de la prestation.⁶⁰ Si en revanche le marché porte sur des prestations à exécuter à l'étranger, celles-ci ne peuvent être adjugées qu'à des soumissionnaires qui respectent au moins les huit conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) mentionnées à l'annexe 6,⁶¹ sauf si une législation plus stricte est en vigueur au lieu d'exécution. Le Parlement a voulu octroyer à l'adjudicateur la faculté d'augmenter le niveau de protection sociale en lui permettant d'exiger des soumissionnaires le respect de standards de travail internationaux supplémentaires (art. 12 al. 2 in fine nLMP).⁶² Ainsi, les adjudicateurs peuvent désormais demander le res-

58 Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (n. 9), p. 1814. Voir en revanche la solution novatrice de l'art. 13 RLCPubb/TI.

59 A savoir : les dispositions impératives du CO (RS 220) de la LTr (RS 822.11), de la LEg (RS 151.1) ainsi que les conventions collectives de travail et les contrats-types de travail; lorsque ces instruments font défaut : les conditions de travail habituelles dans la région et dans la profession ; cf. Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (n. 9) p. 1756.

60 Le principe du lieu d'origine prévu initialement afin d'assurer une meilleure harmonisation avec la LMI a été abandonné par le Conseil national, qui a voulu la règle actuelle « pour des raisons juridiques et de politique économique » ; d'ailleurs elle assure mieux le respect de l'égalité entre soumissionnaires nationaux et étrangers. L'AIMP ne la reprend pas, car la LMI impose le principe du lieu de provenance : cf. Message AIMP (n. 34), p. 21 et décision tribunal fédéral 2D_54/2015 du 13 avril 2016 consid. 5.2. Sur les difficultés liées à la cohabitation entre les deux régimes, fédéral et cantonal, cf. OLIVIER RODONDI, Soumissionnaires, conditions de participation, critères et offres, BR/DC 2020, p. 28.

61 Cette disposition était déjà prévue dans l'ordonnance et a été transposée dans la loi à l'occasion de la révision, bien que l'AMP 2012 ne l'exige pas.

62 L'art. 4 al. 2 nOMP spécifie qu'il peut s'agir des principes inscrits dans d'autres conventions de l'OIT, à condition que la Suisse les ait ratifiées.

pect d'obligations portant par exemple sur la santé au travail, sur la protection de la maternité, sur la durée maximale du travail et sur le salaire minimum vital⁶³, ce qui évite de désavantager les soumissionnaires suisses qui respectent des standards supérieurs aux standards minimum OIT ou qui offrent des conditions de travail équitables dans leur production à l'étranger.

D'autre part, l'art. 12 al. 3 nLMP impose le respect des prescriptions légales liées à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles en vigueur au lieu de la prestation. Cette exigence, introduite par les Chambres, est l'expression de la place centrale des préoccupations écologiques actuelles dans le droit des marchés publics.⁶⁴ Pour les prestations exécutées en Suisse, elle fait référence aux dispositions du droit suisse en matière d'environnement, tandis qu'à l'étranger le soumissionnaire doit respecter les conventions internationales relatives à la protection de l'environnement indiquées par le Conseil fédéral à l'Annexe 2 nOMP.

Les conditions sociales et écologiques susmentionnées ont un caractère contraignant (art. 12 et 26 nLMP). Leur respect effectif est assuré par la faculté dont dispose l'adjudicateur de prononcer l'exclusion de la procédure, la radiation d'une liste ou la révocation du marché à l'égard du soumissionnaire qui, lors de la procédure d'adjudication ou de l'exécution du marché, ne remplit pas ou plus les conditions de participation (art. 44 al. 1 lit. a et al. 2 lit. a et f nLMP). De plus, en cas de graves violations de la loi, une exclusion du soumissionnaire ou du sous-traitant pour une durée maximale de 5 ans des futurs marchés peut être prononcée (art. 45 al. 1 et 44 al. 2 lit. f nLMP).

Le caractère contraignant des exigences liées à la durabilité est en outre renforcé par des mesures destinées à assurer les contrôles et les responsabilités en cas de sous-traitance.⁶⁵ La possibilité de faire appel à des sous-traitants dans le cadre des marchés publics répond en effet à des intérêts en soi légitimes, mais suscite en même temps de grandes préoccupations à leur tour jus-

63 Voir p.ex. la Convention N 102 concernant la sécurité sociale (norme minimum ; 1952) ; la Convention N 26 sur les méthodes de fixation des salaires minima (1928) ; la Convention N 183 sur la protection de la maternité (2000) ; la Convention concernant les statistiques des salaires et des heures de travail (1938) ; la Convention N 189 sur les travailleuses et travailleurs domestiques (2011), toutes de l'OIT et ratifiées par la Suisse.

64 RODONDI, Soumissionnaires (n. 60), p. 28 s.

65 Le Message du Conseil fédéral considère comme sous-traitant qui-conque fournit une part importante des prestations soumises à appel d'offres, à l'exclusion p. ex. des fournisseurs de matières premières, des bailleurs des sites de production et des prestataires de services généraux destinés aux entreprises: Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (n. 9), p. 1758.

tifiées. D'un côté, elle est censée favoriser la participation des petites et moyennes entreprises aux marchés,⁶⁶ ce qui - dans un Pays dont le tissu économique se compose presque entièrement de PME⁶⁷ - constitue un facteur essentiel de concurrence efficace, et pourrait même être considéré comme une composante de la dimension économique de la durabilité.⁶⁸ D'un autre côté, la sous-traitance d'une partie des travaux risque d'engendrer un desserrement dans les mailles du contrôle du marché, précisément s'agissant des exigences sociales et environnementales. Ainsi, d'une part l'art. 31 nLMP autorise en principe les communautés de soumissionnaires et la sous-traitance, pourvu que la prestation caractéristique continue d'être fournie par le soumissionnaire, ce qui permet d'éviter l'intervention de simples intermédiaires.⁶⁹ D'autre part, l'art. 12 al. 4 nLMP étend l'obligation de respecter les exigences sociales et écologiques énoncées aux alinéas précédents à tout sous-traitant et dispose que les accords entre soumissionnaires et sous-traitants doivent mentionner expressément ce devoir. Dans ce cadre, c'est l'adjudicateur qui doit en garantir le respect effectif, tant de la part des soumissionnaires que des sous-traitants, et qui doit effectuer les contrôles, tant pendant la procédure d'adjudication que tout au long de l'exécution du contrat. Cette obligation se justifie surtout en présence de chaînes d'approvisionnement dont la composition est changeante (par ex. dans l'industrie textile) et, de l'avis du Conseil fédéral, devrait être renforcée par l'introduction de peines conventionnelles dans les contrats avec les soumissionnaires.⁷⁰

b) Les critères d'aptitudes

- 22 De manière générale, les critères d'aptitudes se réfèrent aux capacités et qualités requises au soumissionnaire⁷¹ et peuvent notamment concerner ses capacités profes-

sionnelles, financières, techniques, économiques ou organisationnelles. Leur satisfaction doit être objectivement nécessaire (« cruciale »⁷²) pour l'exécution du marché et ne pas restreindre le cercle des soumissionnaires davantage que ne le justifie son objet.⁷³ Afin de vérifier les capacités prescrites, l'adjudicateur peut exiger la preuve de l'existence d'un système reconnu de gestion de la qualité.⁷⁴ Dans ce cadre, en principe peuvent également être requis des labels, certifications ou systèmes de gestion sociale et environnementale, pourvu qu'ils possèdent un lien avec le marché.⁷⁵ Par exemple, l'exigence d'un certificat spécifique pour le système d'élimination des déchets peut être considérée comme admissible dans un marché portant sur la gestion des déchets (puisque les incidences de ce marché sur l'environnement justifient un savoir-faire spécifique à l'écologie); par contre, un certificat de management environnemental (tel que le ISO 14001) destiné à améliorer la performance globale d'une entreprise ne peut en principe être exigé, sauf s'il permet de prouver que l'entreprise n'utilise pas de substances polluantes lors des travaux de construction ou de sa production.⁷⁶ En général, en tous cas, le recours à des certifications environnementales à ce stade est plus aisé,⁷⁷ tandis que la formulation de critères sociaux s'avère plus délicate en raison de la difficulté à établir un lien entre ceux-ci et l'objet du marché.

c) Les spécifications techniques

Les spécifications techniques se rapportent aux qualités 23 de l'objet du marché attendues par l'adjudicateur (art. 30 al. 1 nLMP). Celui-ci jouit d'une marge de manœuvre assez large dans la définition des caractéristiques du produit ou du service désiré et il peut notamment s'en servir pour orienter les achats vers la durabilité. L'art. 30 al. 4 nLMP ne fait pourtant référence qu'à la composante écologique de celle-ci, en ne mentionnant que les « spécifications techniques permettant de préserver les ressources naturelles ou de protéger l'environnement ». La

66 CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Anbieter, Offerten, Kriterien, BR/DC 2020, p. 32.

67 DEFR, Chiffres sur les PME: entreprise et emplois.

68 NICHOLAS HATZIS, The legality of SME development policies under EC procurement law, in: Arrowsmith/Kunzlik (éds.), Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, Cambridge 2009, p. 345 ss.; SARAH SCHOENMAEKERS, The role of SMEs in promoting sustainable procurement, in: Sjäffell/Wiesbrock (éds.), Sustainable public procurement under EU law – new perspectives on the state as stakeholder, Cambridge 2016, p. 160 ss. Sur le sujet, voir également DE ROSSA GISIMUNDO (n. 8), p. 177 ss.

69 SCHNEIDER HEUSI (n. 66), p. 32; Message AIMP (n. 35), p. 74.

70 L'adjudicateur peut soit effectuer les contrôles personnellement, soit les déléguer à un tiers qualifié: Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (n. 9) p. 1759. À noter que le droit vaudois met l'obligation de garantir le respect des dispositions de protection sociale par les sous-traitants à charge des soumissionnaires, lesquels encourent une sanction directe (Art. 6 al. 5 du Règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics du 7 juillet 2004, BLV 726.01.1).

71 MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts – Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zurich et al. 2012, N 1479.

72 Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (n. 9), p. 1786.

73 Art. 27 nLMP et décision du Tribunal administratif fédéral B-1470/2010 du 29 septembre 2010 consid. 2.1 (avec les réf.).

74 Annexe 3 n. 10 nOMP.

75 Commentaire de l'OMP du 12 février 2020, p. 20; voir ég. ANNECHRISTINE FAVRE, Durabilité – L'entreprise et le développement durable: entre démarches volontaires et exigences légales, in: Sifonios, Les entreprises et le droit de l'environnement: défis, enjeux, opportunités, Lausanne 2009, p. 106 ss.

76 Conférence des achats de la Confédération CA, Achats durables – Recommandations aux services d'achat de la Confédération, juin 2014 (actualisé en 2018), p. 8; STEINER, umweltfreundliche Beschaffung (n. 38), p. 65 s.

77 MARC STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven, in: Zufferey/Stöckli (éds.), Aktuelles Vergaberecht/Marchés publics 2014, Zurich 2014, p. 157 ss. et les réf.

prise en considération de préoccupations sociales s'avère d'ailleurs très difficile à ce stade, puisque là encore les spécifications doivent se rapporter au produit ou au processus de sa fabrication et ne peuvent pas poser de conditions devant être remplies par le soumissionnaire lui-même ;⁷⁸ en outre, rarement un système de management social dans l'entreprise déploiera un effet *direct et démontrable* sur la qualité technique d'un produit ou d'une prestation.⁷⁹

- 24 Au demeurant, afin de ne pas entraver la concurrence de manière excessive et de ne pas favoriser des producteurs suisses, l'adjudicateur doit se référer autant que possible aux normes internationales ou, à défaut, à des normes, recommandations ou documents normatifs nationaux reconnus (art. 30 al. 2 nLMP) et doit éviter de recourir à une description trop spécifique de l'objet du marché, p. ex. en indiquant la marque du produit, un brevet ou un fournisseur déterminé (clause du « produit phare », art. 30 al. 3 nLMP). De plus, lorsqu'il recourt à un label, il doit accepter également l'offre de produits ou services comparables; autrement dit, il ne doit pas imposer le label mais doit s'en servir pour montrer le standard voulu.⁸⁰ Enfin, étant donné que le non-respect des spécifications techniques implique l'exclusion de l'offre, le principe de la proportionnalité exige que l'adjudicateur ne fixe que les spécifications strictement nécessaires et qu'il pose les autres exigences sous forme de critères d'adjudication, dont le manquement comporterait tout au plus une moindre évaluation de l'offre.⁸¹

d) Les critères d'adjudication

- 25 Les critères d'adjudication permettent à l'adjudicateur de choisir le produit ou la prestation à l'issue d'une évaluation globale sur la base d'une série de critères fixés à partir de l'art. 29 nLMP et c'est surtout dans ce contexte que le *Vergabekulturwandel*⁸² préconisé est supposé se manifester.

78 Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (n. 9), p. 1791 et Conférence des achats de la Confédération CA (n. 76), p. 7; voir ég. STEINER, *umweltfreundliche Beschaffung* (n. 38), p. 71 s. et STEINER, *Berücksichtigung sozialer Aspekte* (n. 19), p. 39 ss.

79 Dans le même sens: Décision de la CJUE C-368/10 du 10 mai 2012 *Commission contre Pays-Bas* N 73 s. (cf. supra II). Des spécifications techniques sociales pourraient néanmoins se justifier s'agissant de produits ou services devant assurer l'accessibilité des personnes handicapées ou la conception destinée à tous les utilisateurs: Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, N 99 et ROSEMARIE BOYLE, *Disability issue in public procurement*, in: Arrowsmith/Kunzlik (éds.) *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge 2009, p. 320 ss.

80 Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (n. 9), p. 1791.

81 Conférence des achats de la Confédération CA (n. 76), p. 7.

82 STEINER, *Kurzabriss* (n. 27), p. 10.

Premièrement, la révision a abandonné le principe de la concurrence axée principalement sur le prix (*Preiswettbewerb*) en faveur d'une concurrence fondée sur la qualité (*Qualitätswettbewerb*). Certes, déjà en vertu de l'actuel art. 21 LMP, « l'offre la plus avantageuse économiquement » pouvant prétendre à l'adjudication n'est pas nécessairement celle meilleur marché, mais bien celle qui répond mieux aux différents critères d'adjudication, parmi lesquels peuvent également figurer des critères liés à sa qualité.⁸³ Le Parlement a néanmoins voulu davantage souligner le changement en fixant le principe de « l'offre la plus avantageuse » (art. 41 nLMP), d'une part,⁸⁴ et en établissant une équivalence entre les critères du prix et de la qualité à l'art. 29 al. 1 nLMP, d'autre part.⁸⁵ Au demeurant, d'autres critères axés sur la qualité, tels que la plausibilité de l'offre et la fiabilité du prix, ont été ajoutés.⁸⁶

Deuxièmement, le critère du développement durable a gagné en importance et figure désormais dans la loi.⁸⁷ L'acception tridimensionnelle de la durabilité à laquelle se réfère cette disposition⁸⁸ ouvre la voie à un large éventail de préoccupations pouvant embrasser les sujets typiques de la *Corporate Social Responsibility* systématisés dans les 17 objectifs de développement durable (SDGs).⁸⁹ Ainsi, l'introduction de ce critère permettra aux adjudicateurs de formuler des requêtes allant au-delà des standards minimums établis par la législation sociale et environnementale, lesquels ont déjà un caractère obligatoire. Il s'agit par exemple: du respect de standards plus élevés de protection de la santé et de la sécurité au travail tout au long de la chaîne d'approvisionnement; des mesures de promotion de la conciliation travail-famille et de la participation des femmes dans les organes diri-

83 SCHNEIDER HEUSI (n. 66), p. 33 s.; voir aussi ATF 139 II 489 et Décision du Tribunal administratif fédéral 2018 IV/2 du 8 février 2018 consid. 6 f); message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (n. 9), p. 1788.

84 Bulletin officiel (n. 35), Leo Müller, p. 1039 s.; STEINER, *Kurzabriss* (n. 27), p. 10; ZUFFEREY (n. 33), p. 31; MARTIN BEYELER / STEFAN SCHERLER, *Vergaberecht 2020: neue Themen, neue Urteile*, in: Zufferey/Beyeler/Scherler (éds.), *Aktuelles Vergaberecht/Marchés publics 2020*, Zurich et al. 2020, p. 282.

85 Bulletin officiel (n. 35), Leo Müller, p. 1039 s. et Prisca Birrer-Heimo, p. 997 s.

86 Message AIMP (n. 34), p. 69. Critique à cet égard: SCHNEIDER HEUSI (n. 66), p. 33.

87 Auparavant il figurait dans l'ordonnance. A noter que même s'agissant de prestations standardisées, où le prix peut constituer le seul critère d'adjudication, l'art. 29 al. 4 nLMP requiert désormais que des exigences élevées en matière de durabilité sociale, écologique et économique soient posées au niveau des spécifications techniques.

88 SCHNEIDER HEUSI (n. 66), p. 33 s.

89 Conférence des achats de la Confédération CA (n. 76), p. 8 s; Sustainable Development Goals (SDGs), 17 objectifs de développements durables; à ce propos: PATRICIA EGLI / MILENA HOLZGANG, *Agenda 2030: Rechtliche Dimensionen der Sustainable Development Goals*, AJP/PJA 2018, p. 333 ss.

geants ; en outre, des mesures visant l'accès à une éducation de qualité pour tous et notamment la promotion de la formation professionnelle initiale et de l'intégration socioprofessionnelle,⁹⁰ ainsi que des mesures internes de lutte contre la corruption et contre les flux financiers illicites. Il faut cependant constater que, au-delà de la difficulté d'établir dans chaque cas une pondération adéquate pour qu'une requête liée à la durabilité soit admissible et pour que l'utilisation économique des deniers publics soit toujours garantie,⁹¹ l'exigence de démontrer l'existence d'un lien entre la prestation et le critère d'adjudication, que l'art. 29 nLMP a bien gardé,⁹² risque d'entraver l'implémentation effective de ces préoccupations, surtout sociales. Dans la plupart des cas, en effet, les objectifs susmentionnés touchent la politique générale des soumissionnaires et ne sont pas susceptibles d'accroître *directement* la qualité de la prestation requise par l'adjudicateur, et ceci bien qu'on puisse s'attendre à ce qu'une entreprise qui se conforme aux principes de la CSR améliore sa performance économique et financière,⁹³ ainsi que la qualité de sa production.

IV. Un changement de paradigme effectif ?

- 28 Cette révision se propose de provoquer un changement de paradigme vers une politique des achats durables. L'analyse qui précède a relevé que, d'un point de vue dogmatique, l'insertion des trois dimensions de la durabilité dans la norme programmatique de la loi constitue une nouveauté importante, car elle octroie une *dignité égale* aux objectifs économiques, sociaux et écologiques dans le cadre d'un droit qui était traditionnellement orienté vers l'efficacité économique. Dans ce sens, une place pour des critères de durabilité est désormais réservée, du moins formellement, à tous les stades de la procédure de passation.
- 29 Or, cette nouveauté ne doit pas se limiter à consolider une pratique qui était certes déjà acceptée dans son principe,⁹⁴ mais encore peu appliquée et, surtout, limitée à

la dimension écologique de la durabilité.⁹⁵ Elle doit aller plus loin. En effet, l'intégration de la durabilité dans les marchés publics constituait déjà un objectif clair dans le projet du Conseil fédéral, mais le Parlement l'a ultérieurement renforcée. Il a voulu transformer le droit des marchés publics en *instrument stratégique* susceptible d'encourager les acteurs économiques privés à adopter des comportements orientés aux principes de la responsabilité sociale d'entreprise,⁹⁶ ce qui a ainsi marqué une rupture résolue avec l'approche traditionnelle. D'ailleurs, l'importance de la durabilité dans la révision a occupé une place centrale également dans les médias et dans les communications officielles adressées aux autorités d'application ; de plus, elle est au cœur du processus d'harmonisation des droits cantonaux dicté par le AIMP révisé. Ainsi, même si la nouvelle loi laisse une marge de manœuvre notable dans l'établissement de l'appel d'offre, son interprétation historique et systématique *impose* désormais aux adjudicateurs d'exercer cette marge dans le sens clair voulu par le législateur et d'intégrer partant les critères liés à la durabilité à chaque fois qu'il paraît possible.

Cependant, l'exigence d'un lien fonctionnel entre le critère et l'objet du marché, que le législateur a bien voulu garder, risque d'entraver la réalisation effective du changement de paradigme, et ceci surtout à l'égard des préoccupations sociales dont la prise en compte configure généralement une politique de responsabilité sociale d'entreprise. Ainsi, pour que l'éventail plutôt large des mesures promouvant la dimension sociale de la durabilité (y compris celles liées à la lutte contre la corruption) puisse effectivement trouver place dans les appels d'offres, il faudra que l'exigence du lien avec l'objet du marché soit interprétée et appliquée de manière large,⁹⁷ et que des critères relatifs à la politique générale de l'entreprise soient également admis.⁹⁸

90 L'art. 29 al. 2 nLMP, voulu par le Conseil national, explicite cet objectif de politique sociale et de l'emploi pour les marchés non soumis aux accords internationaux.

91 Message AIMP (n. 34), p. 71.

92 SCHNEIDER HEUSI (n. 66), p. 34; Message AIMP (n. 34), p. 25.

93 À ce sujet, voir p. ex. HENRY PETER / GUILLAUME JACQUEMET, Corporate Social Responsibility, Sustainable Development et Corporate Governance: quelles corrélations?, RSDA 2015, p. 170 ss.

94 Selon ZUFFEREY (n. 33), p. 31, la révision, plutôt qu'accomplir une révolution, a réajusté la formulation et l'ordre des buts en y ajoutant les préoccupations du moment, lesquelles d'ailleurs sont déjà prises en compte par la pratique des adjudicateurs et des tribunaux, sans attendre l'entrée en vigueur du nouveau droit.

95 En règle générale, les critères écologiques sont en effet liés aux prestations et mieux quantifiables par rapport aux critères sociaux ; de plus, la preuve de leur respect est souvent facilitée par la possibilité d'avoir recours à des certifications. Leur intégration s'avère dès lors moins problématique: MARIO E. COMBA, Green and social considerations in public procurement contracts: a comparative approach, in: Caranta/Trybus (éds.), The law of green and social procurement in Europe, Copenhagen 2010, p. 318; ANJA WIESBROCK, Socially responsible public procurement – European value or national choice?, in: Sjøfjell/Wiesbrock (éds.) Sustainable public procurement under EU law – new perspectives on the state as stakeholder, Cambridge 2016, p. 76 ss.

96 Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (n. 9), p. 1729 et Bulletin officiel (n. 35), p. 992 ss.

97 Voir dans ce sens également ABBY SEMPLE, The link to the subject matter – a glass ceiling for sustainable public contracts?, in: Sjøfjell/Wiesbrock (éds.), Sustainable public procurement under EU law – new perspectives on the state as stakeholder, Cambridge 2016, p. 73 s. et COMBA (n. 95), p. 314 ss.

98 Au fond, il suffirait par exemple de reconnaître la validité du nombre croissant d'études établissant l'existence d'une corrélation entre la proportion de femmes dans les organes dirigeants et

31 Au demeurant, afin d'accroître la densité normative de la notion de « développement durable » et d'en mieux assurer la concrétisation effective, il nous paraît nécessaire de spécifier quelques critères choisis (surtout sociaux, tels que l'exigence de mesures concrètes de promotion de l'égalité entre hommes et femmes, d'intégra-

les performances des entreprises et constatant que la mixité dans le management peut contribuer à une prise de décision plus efficace et avoir ainsi un impact positif au niveau des résultats, de la productivité et de l'innovation d'une organisation (voir p. ex. McKinsey & Company, *Women Matter 2016: Reinventing the workplace to unlock the potential of gender diversity*; Id., *Women Matter 2010: Women at the top of corporations: Making it happen*; ROCÍO LORENZO ET AL., *The mix that matters – Innovation through diversity*, BCG 2017); à ce sujet, voir ég. les réflexions de MIRINA GROSZ, *Frauenquoten im Aktienrecht? – Die Verfassungsmässigkeit der Vorgabe zur Geschlechtervertretung im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung gemäss Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision*, ZBl 116/2015, p. 512 et de CHRISTIAN RIOULT, *Geschlecherterrichtwerte für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung*, Jusletter du 12 mars 2018, p. 3 s.

tion des personnes handicapées ou de prévention de la corruption) expressément dans la loi, comme ce fut le cas pour le critère des apprentis. Au surplus, leur caractère contraignant devrait être explicité.⁹⁹ Pour autant que le principe de la proportionnalité soit également respecté, notamment à l'égard des petites entreprises, ces mesures permettraient d'assurer une mise en œuvre de la durabilité dans les marchés publics qui soit résolue et uniforme, garantisse des conditions de concurrence équitables et limite le risque de stratégies protectionnistes.

⁹⁹ Dans ce sens, cf. ég. WIESBROCK (n. 95), p. 94 ss.