

Pratique du droit administratif

Le droit public face à la transition écologique

Édité par
François Bellanger et Frédéric Bernard

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Le droit public face à la transition écologique

Le droit public face à la transition écologique

Édité par
François Bellanger et Frédéric Bernard

Citation suggérée: FRANÇOIS BELLANGER / FRÉDÉRIC BERNARD (éds), Le droit public face à la transition écologique, collection «Pratique du droit administratif», Schulthess Éditions Romandes 2024

ISBN 978-3-7255-8991-3

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich 2024
www.schulthess.com

Diffusion en France: LEXTENSO – La Grande Arche – Paroi Nord – 1, Parvis de La Défense,
92044 Paris La Défense
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

FRÉDÉRIC BERNARD	État de droit et transition écologique	9
NESA ZIMMERMANN	Transition écologique : quelle relation avec les libertés fondamentales?.....	55
NICOLAS WISARD	Réseaux thermiques : L'exemple du monopole genevois.....	91
MARTIN BEYELER	Quelques thèses sur la durabilité des marchés publics.....	121
FRANÇOIS BELLANGER	Les obligations légales en matière d'énergie pour la construction ou rénovation de bâtiments	251
EMMANUEL CHAZE	Praille Acacias Vernets Réinventer l'aménagement du territoire : agir dans un contexte de réchauffement climatique	291

Quelques thèses sur la durabilité des marchés publics

MARTIN BEYELER

*Professeur à l'Université de Fribourg**

À l'occasion des procès civils menés par des particuliers contre des entreprises considérées comme grandes émettrices de CO₂, telles que Holcim SA¹ et RWE AG², l'on peut se poser la question de savoir si, juridiquement, mais aussi d'un point de vue moral, les effets de l'émission des gaz à effet de serre sont exclusivement imputables aux sujets ayant déployé l'activité dans le cadre de laquelle lesdits gaz ont été relâchés dans l'atmosphère. Qu'en est-il des sujets commandant des prestations, dont la fourniture a pour conséquence l'émission des gaz à effet de serre, et des sujets n'ayant rien commandé mais bénéficiant *de facto* de ces prestations? Concrètement, par exemple, pourquoi responsabiliser seule l'entreprise qui produit du ciment, et non pas aussi celle qui a fourni à cette dernière le mazout brûlé lors de la production, et celle qui utilise le ciment pour en faire du béton, ainsi que celle qui coule le béton pour

* L'auteur tient à remercier très chaleureusement M. FRANÇOIS PERRIARD, cand. BLaw à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, pour sa relecture très soignée et compétente du présent texte, pour ses propositions de formulations toujours éloquentes, ainsi que pour sa disponibilité extraordinaire à la fin du semestre d'automne 2023.

- 1 Cf. Le Temps du 1 février 2023, La plainte climatique contre Holcim est une première en Suisse (www.letemps.ch/monde/asie-oceanie/plainte-climatique-contre-holcim-une-premiere-suisse [visité le 5 avril 2024]).
- 2 Dans l'affaire Saül Luciano Lliuya/RWE AG (Az. 5 U 15/17 OLG Hamm), le 30 novembre 2017, le tribunal saisi (Oberlandesgericht Hamm) a communiqué qu'il considérait l'action recevable et instruirait les preuves offertes par le plaignant (cf. le communiqué de presse de l'OLG Hamm du 30 novembre 2017 [https://www.olg-hamm.nrw.de/behoerde/presse/pressemiteilung_archiv/archiv/2017_pressearchiv/153-17-VT-peruanischer-Landwirt-RWE.pdf; visité le 5 avril 2024]). Le 17 juin 2022, il a communiqué que l'instruction des preuves, en particulier une expertise judiciaire, étaient toujours en cours (https://www.olg-hamm.nrw.de/behoerde/presse/pressemiteilung_archiv/archiv/2022_Pressearchiv/19_22_PE_Beweisaufnahme-in-Peru-im-Rechtsstreit-Lliuya-___-RWE/index.php; visité le 5 avril 2024).

construire une maison et celle qui loue cette maison pour y installer ses bureaux ?

- 2 Peut-être que certains tribunaux jugeront qu'en termes juridiques, le comportement à lui seul décisif à l'aune des règles de la responsabilité civile est celui de la libération d'un gaz à effet de serre dans l'air. En fin de compte, le sujet qui adopte ce comportement pourrait décider de s'en abstenir ; cela dit, les autres pourraient renoncer dans un sens analogue. Quelle que soit la situation juridique, il me semble que dans une perspective économique et morale, l'on ne saurait nier que le résultat, à savoir l'augmentation de la densité de gaz à effet de serre dans l'atmosphère et ses effets négatifs sur le climat de la Terre, est le produit d'un ensemble de décisions individuelles, prises par une multitude de sujets qui tiennent compte d'un nombre considérable de contraintes factuelles et d'intérêts personnels. Une partie du problème réside dans le fait même qu'il est ainsi facile de renvoyer aux décisions des autres. Si un commerce alimentaire est critiqué pour la vente de fraises venant d'outremer en hiver, il a tendance à essayer de s'excuser par la demande des consommatrices. Or, concernant les aliments en général, les consommateurs ne peuvent acheter – et donner par-là un signal économique – des produits durables que dans la mesure où ils peuvent en trouver sur le marché ; il est quasiment impossible pour eux de déclencher la production et l'offre de nouveaux produits durables.
- 3 Il n'en demeure pas moins que les choix des consommatrices sont loin d'être insignifiants pour le résultat final, à savoir l'envergure des effets écologiquement négatifs des prestations (biens) dont il s'agit. Cela est d'autant plus vrai en ce qui concerne les grands consommateurs, à l'instar, en particulier, de l'État et des autres adjudicateurs publics et ce, en raison du poids financier de leurs achats, pris individuellement et, surtout, dans leur ensemble, qui équivaut à un signal économique sans doute important.
- 4 C'est sur la base de ces conclusions – les choix que prennent les grandes consommatrices ont souvent une influence considérable sur la durabilité des prestations – que, dans le cadre de la dernière révision du droit des marchés publics, il a été décidé de renforcer et d'intensifier la promotion de la durabilité (notamment, sous l'aspect de l'écologie) de la commande publique.

Le présent travail ne vise pas à présenter ou analyser exhaustivement le contenu et la portée de l'ensemble des règles liées à la durabilité des achats au sein du droit des marchés publics révisé. Pour une telle perspective, il sied de se référer aux excellents travaux qui ont déjà été effectués.³ Ci-après, quatre thèses (ainsi que des sous-thèses) concernant des questions de principe se trouvant entre la durabilité et le droit des marchés publics sont défendues dans le but de contribuer à la discussion des nouvelles règles. 5

I. Des grands leviers

Thèse n° 1 :

Une consommatrice qui souhaite se comporter de manière durable se concentrera en premier lieu sur les décisions stratégiques. Sous cet angle, le choix entre plusieurs offres répondant à une définition de prestations donnée n'est que d'importance secondaire. En effet, les grands leviers de la promotion du développement durable résident dans la question de savoir, premièrement, si une consommation aura lieu ou non, deuxièmement, lorsque c'est le cas, si des objets existants sont réemployés et, troisièmement, en cas d'acquisition de prestations neuves, de quelle manière celles-ci sont conçues et spécifiées.

La première thèse n'est pas de nature juridique mais traite du monde des faits. Elle propose une réponse à la question de savoir quelles décisions, prises dans le contexte d'une consommation potentielle, sont les plus importantes lorsqu'il s'agit d'optimiser la durabilité du comportement de la consommatrice. 6

A. Les alternatives à l'acquisition de prestations nouvellement produites

Il va sans dire que ne rien acheter est en général plus économe qu'acheter – à moins que l'on ne perde de l'argent tant que la prestation concernée n'est pas mise à disposition. D'un point de vue écologique, la renonciation à la consommation nécessite nettement moins d'énergie et de ressources (et risque moins de polluer) que la consommation – sauf si les effets bénéfiques de l'utilisation d'un nouveau produit au lieu d'un an- 7

³ Cf. en particulier HAUSER/PISKÓTY (2023); MARTI (2022).

cien produit sont plus importants que les effets négatifs de la production du nouveau produit et du sort (réemploi, resp., continuation de l'utilisation à un autre endroit, ou élimination) de l'ancien produit.

- 8 En ce sens, si le but est d'économiser de l'argent et de l'énergie, de préserver le climat et les ressources ainsi que de minimiser la pollution, il est judicieux, avant de passer à l'acquisition de prestations quelconques, de se demander si ces prestations sont nécessaires, ou s'il apparaît acceptable d'y renoncer, totalement ou du moins partiellement.⁴ Dans ce cadre, lorsque le besoin à satisfaire ne saurait être négligé, et donc qu'une renonciation à la consommation au sens strict n'est pas envisageable, il convient de vérifier s'il est possible de continuer à se servir des biens (choses mobilières ou immobilières et résultats de la fourniture de services) qu'on possède déjà, le cas échéant après une réparation, une adaptation ou une rénovation.⁵ Même si de nouveaux biens permettraient une exploitation, respectivement une activité, plus durable en termes écologiques (et, peut-être, économiques et sociaux), il sied de contrebalancer ce gain avec les effets qu'ont la production de nouvelles prestations et, le cas échéant, l'élimination des anciens biens, sur les plans de l'énergie, du climat, des ressources et de la pollution. Et si l'on envisage de remplacer un objet (p.ex., une voiture) par un nouvel objet et de vendre l'ancien sur le marché de seconde main, il est indispensable, afin de prendre une décision fondée d'un point de vue écologique, de considérer les effets de l'utilisation continue de l'ancien objet par les acheteurs de seconde main. Cela vaut à tout le moins pour les cas où l'offre d'objets de seconde main à prix modérés est susceptible non seulement de répondre à la demande existante, mais aussi d'élargir l'envergure de la demande sur le marché.
- 9 Si le fait de continuer à utiliser le bien dont on est déjà en possession n'apparaît pas comme la meilleure option (ou n'entre simplement pas en considération), il est parfois possible de réemployer certains objets qu'on possède déjà et qui remplissaient jusqu'alors une autre fonction, le cas

4 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 169, n. 488: « *Oft ist der grösste Hebel für Nachhaltigkeitsbestrebungen dem Vergabeverfahren vorgelagert. Er betrifft die Frage, ob überhaupt etwas beschafft werden soll oder ob im Sinne der Suffizienz ganz oder teilweise auf die Deckung eines (allenfalls nicht prioritären oder gar nur vermeintlichen) Bedürfnisses verzichtet werden kann* », n. 503.

5 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 169, n. 488 et n. 503.

échéant après une réparation, une adaptation, une rénovation ou une transformation.⁶ Cela constitue une solution écologique et économe surtout lorsque, à défaut de réemploi, l'objet concerné serait éliminé ou recyclé. Or, si cet objet doit pour sa part être remplacé parce qu'on ne saurait renoncer à la fonction qu'il remplissait, les effets de l'acquisition et de la production éventuelles de l'objet de remplacement devraient être pris en compte afin que l'analyse ne soit pas lacunaire. En ce sens, le réemploi est souvent particulièrement économe et écologique lorsque l'objet à réemployer est sur le point de devenir obsolète dans son ancienne fonction.

Dans d'autres cas, on ne possède pas encore d'objet réemployable qui puisse satisfaire le besoin en question, mais des objets idoines peuvent être acquis sur le marché (de seconde main). En comparaison avec l'achat d'un produit neuf, une telle solution sera souvent à qualifier de meilleure sous les angles écologique et économique. Toutefois, selon les circonstances, il y a lieu de craindre que la demande d'objets de seconde main n'accroisse la demande d'objets nouvellement produits auprès des sujets ayant vendu leurs anciens objets sur le marché de seconde main. En effet, la possibilité pour une personne de vendre un ancien objet à un certain prix peut augmenter sa disponibilité à acheter un nouvel objet. 10

B. La conception de prestations neuves

Lorsque, même en tenant compte des constats exposés ci-avant (cf. *supra* n. 7 ss), l'acquisition de prestations neuves s'avère plus durable, voire incontournable (et dans tous les cas où des alternatives à une telle acquisition ne sont pas analysées), il est indispensable, afin d'augmenter la durabilité de l'achat à venir, de se concentrer tout d'abord sur la conception technique, organisationnelle, commerciale et juridique de l'objet à acquérir, ainsi que sur son processus de production. Ce sont les décisions prises dans le cadre de cette conception qui ont la plus grande influence sur la question de la durabilité de l'acquisition d'un produit neuf sous les aspects économique, écologique et social.⁷ Les décisions 11

6 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 489 : il convient de poser la « *Frage [...], falls eine Beschaffung erfolgen soll, ob anstatt einer Neuanschaffung oder eines Neubaus die Reparatur bzw. Renovation des Vorhandenen genügt* ».

7 Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2, LMP n. 5 : « *Bereits die Definition der zu beschaffenden Leistungen, die weitestgehend dem Ermessen der Vergabestellen*

favorables au développement durable qui sont prises par la suite, dans le processus de sélection d'un fournisseur des prestations définies, ne doivent pas être négligées. Leurs effets sont cependant moins importants et ne peuvent en aucun cas corriger d'éventuelles carences des décisions de conception, celles-ci délimitant nécessairement l'envergure des effets que les décisions prises dans le processus de sélection peuvent encore avoir. Pour donner un exemple: si l'on conçoit d'acheter des sources de lumière et qu'on établit une spécification impérative selon laquelle il doit s'agir d'ampoules classiques (ampoule à incandescence), un critère de sélection honorant les ampoules qui consomment moins d'électricité n'est pas totalement vain, mais de moindre importance en comparaison avec l'hypothèse où des ampoules LED (*a priori* moins énergivores) auraient été admises, voire exigées. De même, si un maître d'ouvrage fait planifier un bâtiment avec une forme et une statique ambitieuses, nécessitant des quantités de béton et d'acier hors-norme, le choix de l'entreprise de réalisation n'aura ensuite qu'un impact très faible sur la durabilité de l'ouvrage. En effet, un critère d'adjudication portant sur les aspects écologiques de la mise en œuvre des plans peut en soi être sensé, mais n'a qu'un poids très limité lorsque le bâtiment a déjà été planifié, au vu de sa fonction, avec bien plus de matériaux que nécessaire.

- 12 Dans le cadre de la conception des prestations à acquérir, sous l'angle écologique (et souvent, aussi, économique), la durabilité est favorisée si l'accent est mis en particulier sur: les matériaux utilisées; l'intégration de composantes réemployées (parties du produit ayant auparavant servi

anheimgestellt ist, erlaubt eine ressourcenorientierte Weichenstellung»; Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 169: «*Gerade die dem Beschaffungsverfahren vorausgehende Entscheidung [...], was beschafft wird, [hat] einen grossen Einfluss auf die Nachhaltigkeit*», n. 418: «*Die Leistungsbeschreibung hat für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen eine grosse Bedeutung*», n. 488: «*Einen sehr grossen Einfluss auf die Nachhaltigkeit der staatlichen Beschaffung hat die Festlegung, was beschafft wird*» et n. 503: «*Wichtige Weichen für die Erreichung der Nachhaltigkeitsziele werden im Vorfeld des Vergabeverfahrens gestellt – bei der Bedarfsanalyse und bei der Festlegung, wie der Bedarf grundsätzlich gedeckt wird*»; MARTI (2022), p. 15. Cf. en outre Message LMP, 1789: «*La KBOB émet des recommandations concernant la manière dont les aspects économiques, environnementaux et sociaux peuvent être pris en compte dans le domaine de la construction, depuis le choix du lieu d'édification d'un bâtiment jusqu'à la phase d'exploitation de ce dernier, en passant par la conception et la réalisation du projet de construction.*» L'on voit ici que l'entier du processus d'acquisition, y compris la phase de conception, est pris en compte.

à un autre but);⁸ la longévité (et donc aussi la réparabilité) des prestations;⁹ la consommation en énergie et en ressources ainsi que la pollution engendrées par la production et la jouissance des prestations; la flexibilité et la modularité des prestations (le cas échéant après une transformation, une adaptation ou une rénovation) en cas d'une évolution du besoin ou des circonstances; et enfin le sort des prestations au moment où l'on voudra s'en débarrasser. Concernant ce dernier point, la possibilité d'un réemploi (interne ou par un tiers, avec ou sans adaptation ou transformation) est généralement à privilégier par rapport à un recyclage direct, qui de son côté semble toutefois plus écologique et assez souvent aussi plus économe que l'élimination définitive (telle que l'incinération ou la décharge). Le réemploi des objets est normalement le comportement écologiquement et économiquement le plus favorable au développement durable (hormis la renonciation totale à la satisfaction du besoin en question; cf. *supra* n. 7 ss), mais il ne sera souvent possible que s'il a été prévu, planifié et préparé au moment de la conception et de la production de l'objet en question (« *design for reuse* », ce qui présuppose en règle générale un « *design for deconstruction* », resp. un « *design for dis-*

⁸ Cf. au sujet du réemploi d'éléments de construction art. 35j, al. 1, P-LPE (proposition de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national concernant une modification de la LPE et d'autres lois à la suite de l'Initiative parlementaire Développer l'économie circulaire en Suisse [affaire 20.433]; FF 2023 14, p. 8/12): « Construction respectueuse des ressources [titre de la section 4]. Selon les nuisances à l'environnement générées par des ouvrages, le Conseil fédéral peut, en tenant compte des engagements internationaux pris par la Suisse, poser des exigences concernant: a. l'utilisation de matériaux et d'éléments de construction respectueux de l'environnement; b. l'utilisation de matériaux de construction récupérés; c. la séparabilité des éléments de construction utilisés, et d. la réutilisation d'éléments de construction. » L'idée semble être, en particulier, de favoriser ou de rendre obligatoire le réemploi d'éléments de construction lors d'une nouvelle construction ou d'une transformation (let. a et let. b) ainsi que de rendre possible le futur réemploi des éléments de construction utilisés (après fabrication) ou créés (*ad hoc*) sur le chantier de l'ouvrage actuel. Ces règles sont destinées à s'appliquer sur le niveau du droit public de la construction, resp., du droit de la protection de l'environnement et non pas sur celui de la législation sur les produits de construction (cf. Avis économie circulaire, p. 8/14). Il s'agit de réglementer l'utilisation des produits de construction en Suisse et non pas leur mise sur le marché en Suisse ou ailleurs.

⁹ Cf. MARTI (2022), p. 15: « utilisation des matières premières efficace et sur une durée aussi longue que possible ».

assembly »).¹⁰ À défaut, l'intention d'un réemploi *ad hoc* se heurte souvent à des décisions techniques prises au moment de la conception et de la production qui s'avèrent irréversibles (p.ex., si un moteur électrique qui fonctionne encore parfaitement au moment de la fin de vie du produit qu'il anime, ne peut être sorti de ce produit et réutilisé dans un autre cadre parce qu'il y a été intégré d'une manière empêchant qu'on le sépare sans le détruire)¹¹ ou qui dévalorisent l'élément qui n'est réemployable que dans une fonction moins productrice. En ce sens, il y a lieu de concevoir des produits qui seront réemployables aussi longtemps et aussi largement que possible et qui, pour le reste, seront recyclables, idéalement dans leur intégralité.

- 13 En outre, dans l'optique d'un achat écologique, en sus des quantités utilisées, la nature des matériaux consommés et les conditions et conséquences de leur production ainsi que les effets de leur utilisation sur la nature et l'humain ont fréquemment une importance non négligeable. Premièrement, l'utilisation de matériaux recyclés (au lieu de la consommation de ressources fraîchement extraites) est à favoriser dans la mesure du possible. Deuxièmement, pour autant que des matériaux recyclés n'entrent pas en considération, il sied de veiller aux réserves restantes des matières premières en cause et aux conditions et conséquences de toutes les étapes de production des matériaux. Bien que ces démarches puissent avoir pour effet d'augmenter le prix des prestations, l'utilisation de matériaux polluants peut, à long terme, constituer un risque financier. Par exemple, si des bureaux sont nettoyés avec des produits corrosifs et volatils, cela n'est pas seulement nocif pour les personnes effectuant le nettoyage, mais également pour celles qui occupent les places de bureau et qui accumulent peut-être davantage de jours de maladie en raison des substances inhalées. Cela dit, il est vrai que le consommateur d'un matériau dont la production a pollué le lieu de production et l'atmosphère ne supporte normalement pas (directement) le coût que cette pollution a causé. Or, l'aspect économique du développement durable ne couvre pas

¹⁰ Cf. MARTI (2022), p. 15 : la « définition des objectifs du maître d'ouvrage pour son projet », guidée par une « réflexion transversale sur la durabilité » englobant « l'ensemble du processus de planification, de réalisation et d'exploitation » de l'ouvrage en question, constitue « la base indispensable pour une vraie durabilité dans l'utilisation des bâtiments et leur réutilisation future ». Cf. ég. art. 35j, al. 1, let. c et let. d, P-LPE (n.b.p. 8) : séparabilité et réutilisation.

¹¹ Cf. à ce sujet art. 35j, al. 1, let. c, P-LPE (n.b.p. 8) : séparabilité.

uniquement la sphère personnelle de la consommatrice mais s'étend aux effets qu'un comportement produit sur le plan d'économie politique (cf. *infra* n. 50 s.). Dans cette perspective – et aussi dans celle de l'aspect social du développement durable – les effets négatifs d'une pollution du lieu de production et de l'atmosphère sont, tôt ou tard, toujours supportés par quelqu'un, et se font sentir dans l'économie et dans la société d'une manière ou d'une autre (p.ex., sous forme de flux de migration). De surcroît, la consommation (aujourd'hui) de matériaux qui sont déjà rares aura pour effet que le prix de ceux-ci sera encore plus élevé la prochaine fois qu'on en a besoin.

Les décisions prises dans le cadre de la conception des prestations à acquérir n'ont pas seulement d'importants effets ¹² sur les plans écologique et économique, mais exercent aussi une grande influence sur l'aspect social du développement durable. 14

D'une part, la sécurité, l'accessibilité et l'inclusivité ainsi que l'ergonomie (physique et cognitive) des prestations acquises pour les utilisatrices et utilisateurs sont des facteurs importants pour la durabilité sociale de l'achat.¹³ Dans ce contexte, une multitude de législations spéciales (cf. *infra* n. 80 ss) assure des standards minimaux, qui évidemment n'empêchent pas le consommateur d'être plus ambitieux et de commander des prestations plus durables socialement,¹⁴ à tout le moins pour autant qu'une offre correspondant à cette attente puisse être trouvée sur le marché. Ainsi, dans un bâtiment, l'inclinaison des rampes pour les chaises roulantes peut le cas échéant être réduite par rapport aux dispositions légales impératives et l'accès par-là facilité, et un passage souterrain pour le trafic pédestre peut être illuminé davantage que les normes techniques l'exigent. 15

¹² Cf. MARTI (2022), p. 15: « Une prise en compte exhaustive de la durabilité commence dès la définition des objectifs du maître d'ouvrage pour son projet », p. 16: « L'instrument le plus important pour la prise en considération de la durabilité est d'en tenir compte systématiquement dans le cadre de la définition du projet. Autrement dit: le service d'achat a tout intérêt à acquérir d'emblée un projet durable [...]. L'objectif consiste par conséquent à réaliser un projet durable, en se focalisant sur l'élaboration et la définition du projet ». Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2, LMP n. 5; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 503.

¹³ Cf. POLTIER (2023), n. 666; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 8.

¹⁴ Cf. POLTIER (2023), n. 666; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 8.

16 D'autre part, l'aspect social du développement durable implique de ne pas se limiter à l'analyse des utilisatrices et utilisateurs des prestations acquises mais de considérer également les conditions sociales de la production, respectivement de la fourniture de celles-ci. La conception même de la prestation déploie souvent des effets directs sur le plan social (cela vaut indépendamment des effets que peuvent encore avoir le cas échéant les décisions prises ultérieurement, en faveur du développement durable, sur la base de la spécification détaillée d'un type de prestation choisi dans la phase de conception). Par exemple, si afin d'éviter une longue période de bouchons, les dates limites établies pour un chantier d'autoroute sont si serrées que l'exécution des travaux dans les délais nécessite du travail de nuit systématique, cela n'est point favorable au développement durable sous l'aspect social, ledit travail étant notoirement malsain (cela vaut indépendamment du fait que, de l'autre côté, les bouchons ont des effets écologiques et économiques néfastes, ce qui témoigne de l'antagonisme qui peut régner entre les différents aspects du développement durable; cf. *infra*. n. 50). Dans le même sens, exiger que les équipes engagées dans l'exécution d'un contrat de services de nettoyage soient dirigées par une personne disposant de certaines formations avancées et soient composées pour le reste de personnel disposant d'une formation de base¹⁵ peut avoir des effets sociaux positifs en comparaison avec le cas où, dans l'intérêt de payer le minimum, aucune formation (ni de base, ni continue) n'est demandée par l'acheteur desdits services. Dans un contrat de nettoyage, l'aspect social du développement durable peut de surcroît être promu par l'exigence de l'emploi de produits chimiques particulièrement peu nocifs pour la santé du personnel de nettoyage, ainsi que d'instruments de travail spécialement ergonomiques. Et l'achat d'une pomme au lieu d'une barre de chocolat diminue le risque de promouvoir le travail des enfants,¹⁶ à l'instar du choix d'un

15 Cf. à ce sujet arrêt de la CDAP/VD du 20 janvier 2016, MPU.2015.0057, c. 4a.

16 Cf. le rapport du CLCCG (Child Labor Cocoa Coordinating Group/Groupe de Coordination des Actions de lutte contre le Travail des Enfants dans la Cacaoculture) « 2010-2020 Efforts to Reduce Child Labor in Cocoa » (2021; <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/ILAB/reports/CLCCG-Ten-Year-Report.pdf>; visité le 5 avril 2024), p. 76 (conclusion du rapport de la *World Cocoa Foundation*, parlant pour l'industrie mondiale du chocolat et du cacao): « *Ending child labor is a challenge for all stakeholders in the cocoa supply chain. In partnership with producing governments, cocoa consuming countries, international development partners, civil society organizations, and other stakeholders, the global chocolate and cocoa*

jeans non délavé, qui a pour conséquence qu'aucun travailleur mal protégé ne doit s'exposer aux substances agressives (produits chimiques ou sables contenant des particules fines) à l'aide desquelles des habits neufs obtiennent une allure usée.¹⁷

C. Conclusion

Il ressort des réflexions précédentes que la consommatrice qui souhaite se comporter de manière durable devrait en premier lieu analyser s'il existe des alternatives à l'acquisition de prestations neuves (à savoir, la renonciation à l'acquisition de prestations, sinon le réemploi d'objets existants ou, subsidiairement, l'acquisition d'objets à réemployer). En deuxième lieu, si la consommatrice décide d'acquérir des prestations neuves, et dans la mesure où le besoin en cause peut être satisfait de plusieurs manières, il convient de viser une conception et des spécifications des prestations à acheter qui favorisent au maximum le développement durable, tant sur le plan de la production que sur celui de l'utilisation des prestations. Ce but peut notamment être atteint par le choix de produits résistants, réparables, flexibles et modulaires ainsi que réemployables ou, subsidiairement, recyclables (totalement ou à tout le moins en grande partie).

Ce n'est qu'après avoir exploré les éventuelles alternatives à la consommation et à l'acquisition, et après avoir conçu les nouvelles prestations de la manière la plus durable possible, qu'il y a lieu de se pencher, en cas d'acquisition de prestations, sur les éventuelles différences existant entre les produits qui répondent aux spécifications découlant de la conception des prestations, plus spécifiquement sur les différences de l'impact des différentes offres sur le développement durable. En effet, ces différences sont nécessairement et nettement moins importantes que l'influence exercée par les décisions de stratégie d'achat (qui peuvent le cas échéant

industry is committed to support and implement long-term solutions that will help safeguard children in the cocoa-growing communities of Côte d'Ivoire and Ghana. »

17 Cf. les rapports « Potassium Permanganate Spray Report » (2019; <http://www.te-mizgiysi.org/wp-content/uploads/2019/07/Clean-Clothes-Campaign-Turkey-Potassium-Permanganate-Spray-Report.pdf>; visité le 5 avril 2024) et « Deadly Denim. Sandblasting in the Bangladesh Garment Industry » (2012; https://www.publiceye.ch/fileadmin/doc/_migration/CCC/5.1_Toedliche_Jeans_Sandstrahlen_in_der_Jeans_industrie_in_Bangladesch_Full_Report_CCC_Deadly_Denim.pdf; visité le 5 avril 2024), publiés par la Clean Clothes Campaign.

avoir pour conséquence qu'aucun achat n'a lieu) et de conception des prestations (qui représentent un levier bien plus important que le choix entre plusieurs offres conformes à la conception établie). Un consommateur, qui se concentrerait uniquement sur la durabilité de son choix entre plusieurs produits qui lui sont offerts dès qu'il a spécifié les prestations qu'il entend acquérir (sans se soucier des questions de durabilité dans ce cadre), renoncerait à générer des effets bien plus importants que ceux que son meilleur choix entre plusieurs offres pourra avoir.¹⁸ Un tel comportement se rapprocherait de l'absurde parce que, si l'on veut promouvoir quelque chose, en l'occurrence le développement durable, il convient d'essayer d'avoir le plus grand impact possible, et donc de ne pas écarter d'emblée les démarches les plus effectives. Si une maison est en flammes et qu'un fourgon pompe-tonne ainsi qu'un seau sont à disposition pour combattre le feu, il est judicieux de ne pas se concentrer sur le seau, mais d'utiliser les deux moyens.

II. De l'utilisation des grands leviers par l'adjudicateur public

Thèse n° 2 :

Il est loisible au pouvoir adjudicateur public de se servir des grands leviers de la promotion de la durabilité de son comportement de consommateur. Avant toutes choses, il peut renoncer à consommer ou se décider à réemployer des biens existants. Lorsqu'il entend néanmoins acquérir des prestations neuves, il dispose d'une grande marge d'appréciation dans l'établissement des spécifications économiques, écologiques et sociales de son marché public. Cela étant, la loi restreint la marge de manœuvre de l'adjudicateur en ce qui concerne les spécifications sociales du processus de production d'une prestation qui n'ont aucun impact sur les caractéristiques physiques du produit final.

¹⁸ Dans le même sens MARTI (2022), p. 15 et p. 16 (cf. pour les citations *supra* n.b.p. 10 et n.b.p. 12).

A. Les limites posées par le droit des marchés publics

Le droit des marchés publics n'interdit ni la renonciation à l'achat de nouvelles prestations (cf. *supra* n. 7), ni le réemploi d'objets existants (cf. *supra* n. 8 s.), ni l'acquisition (auprès de tiers) d'objets utilisés en vue d'un réemploi (cf. *supra* n. 10). Dans un certain cadre, en principe très large, il ne prohibe pas non plus une conception économiquement, écologiquement et socialement durable des prestations neuves à acquérir. Il sied de clarifier ce cadre, en particulier sous l'aspect social, dans les chapitres suivants.

1. Les spécifications du marché

Toutes les spécifications (impératives) de la prestation à acquérir (cf. pour la notion de spécification du marché *infra* n. 76) qui influent directement sur les caractéristiques de l'ouvrage, du bien ou du service en question (le produit final) sont conformes au droit des marchés publics¹⁹ pour autant qu'elles ne soient pas discriminatoires,²⁰ arbitraires (notamment, objectivement inutiles)²¹ ou disproportionnées (par rapport à leur caractère impératif) et ne restreignent pas la concurrence de manière excessive²²

¹⁹ Cf. au sujet des spécifications de nature sociale concernant le produit final POLTIER (2023), n. 666.

²⁰ Cf. OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 14; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 4 s.; POLTIER (2023), n. 668.

²¹ Cf., p.ex., TAF B-822/2010, décision incidente du 10 mars 2010, c. 4.

²² Cf. TF 2C_50/2022 du 6 novembre 2023, c. 5.9.1: « L'adjudicateur est [...] tenu de définir son besoin de manière transparente et dans le respect de la concurrence et d'établir, de façon objective, les spécifications techniques attendues pour chaque marché à adjuger »: en ce sens, il doit veiller à éviter des spécifications qui éteignent toute concurrence lorsque cela n'est pas strictement nécessaire; ATF 137 II 313, c. 3.3.1; TAF B-7062/2017 du 22 août 2019, c. 2.1; TAF B-4743/2015 du 9 décembre 2015, c. 4.1 et 4.2; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 4 s.; OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 14. – Cf. ég. la clarification fournie par l'art. 21, al. 5 LMP: « Il est interdit de définir un marché public de sorte que, d'entrée, un seul soumissionnaire entre en considération pour l'adjudication, en particulier en raison des particularités techniques ou artistiques du marché (al. 2, let. c) ou en cas de prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies (al. 2, let. e) ». Si l'AIMP 2019 ne contient pas cette phrase, il n'en demeure pas moins qu'il ne s'agit ici que d'une clarification d'une règle découlant de toute manière des art. 2, let. a, let. c et let. d et art. 21, al. 2 let. c et let. e LMP. Ainsi, il convient de partir de l'idée que la même règle (que celle de l'art. 21, al. 5, LMP) découle des art. 2, let. a, let. c et let. d et art. 21, al. 2 let. c et let. e, AIMP 2019. Selon l'opinion défendue ici, « d'entrée » au sens de l'art. 21, al. 5, LMP signifie

(sinon, les règles sur la procédure de gré à gré s'appliquent, directement ou par analogie²³). Cela vaut également pour les spécifications concernant le processus de production (cf. art. 30, al. 1 de la Loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019²⁴ / de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019²⁵; art. I/u(i) et art. X:6 de l'Accord révisé sur les marchés publics du 30 mars 2012²⁶), à tout le moins lorsque celui-ci influe directement sur le produit final (cf. *infra* n. 21 ss pour les autres spécifications concernant le processus de production).²⁷ Une pièce en métal façonnée selon une certaine méthode et un légume cultivé selon des standards d'agriculture biologique ont normalement des caractéristiques physiques différentes de prestations analogues produites d'une autre manière. Dès lors, l'exigence du respect de ces processus de production constitue une spécification au sens classique du terme et est licite sous réserves des principes généraux (interdiction de discriminer, etc.).

« sans analyse préalable » et donc, dans le contexte donné, « sans nécessité » (cf. TF 2C_50/2022 du 6 novembre 2023, c. 5.9.4: « la nécessité de recourir à la procédure de gré à gré »). En d'autres termes, la disposition interdit la passation d'un marché de gré à gré sans qu'une analyse préalable n'ait démontré la nécessité de renoncer à la concurrence et de retenir une entreprise déterminée (et, *a fortiori*, la passation d'un marché de gré à gré lorsqu'une analyse a été effectuée et qu'elle a montré qu'aucune nécessité n'existe).

²³ Selon l'opinion défendue ici, lorsqu'un adjudicateur choisit la procédure ouverte, sélective ou sur invitation et établit des spécifications qui ont pour effet de supprimer toute concurrence possible parce qu'une seule entreprise est capable de soumettre une offre conforme à ces spécifications, indépendamment de la forme de la procédure choisie, l'adjudicateur se trouve dans une situation de gré à gré au sens de l'art. 21, al. 2 let. c ou let. e, LMP/AIMP 2019. Ainsi, les spécifications établies doivent résister aux exigences des dispositions sur le gré à gré précitées.

²⁴ LMP – RS 172.056.1.

²⁵ AIMP 2019 – RSV 726.91; RSF 122.91.3. – Par la suite, dans la mesure où le présent texte cite une disposition que tant la LMP et l'AIMP 2019 contiennent (avec un texte identique), l'abréviation utilisée sera : « LMP/AIMP 2019 ». Dans certains contextes, en particulier lorsque les textes de la LMP et de l'AIMP 2019 divergent où qu'il s'agit de discuter spécifiquement l'un ou l'autre des deux actes, la citation se référera ou à la LMP ou à l'AIMP 2019.

²⁶ AMP 2012 – RS 0.632.231.422.

²⁷ Cf. ég. OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 25; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 6; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 418 s.

2. *La question des spécifications sans impact sur le produit final*

La question de la licéité se révèle plus délicate lorsqu'il s'agit de spécifications représentant des exigences écologiques ou sociales concernant le processus de production qui n'ont pas d'influence directe sur le produit à acquérir.²⁸ Avant la révision actuelle du droit des marchés publics suisse, les textes en vigueur ne contenaient aucune règle expresse sur le sujet (cf. art. VI:1²⁹ de l'Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994³⁰; art. 12 de la Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994³¹; art. 16a de l'Ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995³²).³³ Toutefois, sous l'ancien droit déjà, la pratique s'est fondée sur des spécifications écologiques n'exerçant aucune influence directe sur le produit final.³⁴

²⁸ Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 201 et n. 420 ss. – Ces auteur.e.s (loc. cit., n. 421) déduisent du fait que l'art. 29, al. 4, LMP mentionne des « spécifications techniques concernant les prestations [permettant] de garantir le respect d'exigences élevées en matière de durabilité sociale [...] » que la loi permet (à tout le moins en principe) les spécifications sociales qui sont des « exigences élevées » (et qui sont dès lors plus strictes que celles de l'art. 12, al. 1 et al. 2, LMP). Or, selon l'opinion défendue ici, il n'est pas certain que l'art. 29, al. 4, LMP, introduit par l'Assemblée fédérale (et non repris par l'AIMP 2019), ait pour but de régler la question des exigences impératives sociales d'une manière globale. À première vue, cette disposition, qui exprime une crainte spécifique quant aux effets néfastes de la concurrence dont le seul paramètre décisif est le prix, ne régit que les marchés portant sur des « prestations standardisées » que l'adjudicateur entend attribuer « sur la seule base du critère du prix le plus bas ». Du reste, il n'est pas clair dans quelle mesure le Parlement fédéral visait des exigences sociales concernant le produit final ou (aussi) le processus de production. En ce sens, selon l'opinion défendue ici, l'art. 29, al. 4, LMP ne dispense pas de l'interprétation des art. 12 et art. 30, LMP/AIMP 2019, qui régissent en principe (et sous réserve du champ d'application de l'art. 29, al. 4, LMP) la question des exigences sociales.

²⁹ Si cette disposition mentionnait les « les procédés et méthodes de production », elle ne se déterminait pas sur la question de savoir si seules les exigences en matière de production qui ont une influence directe sur les caractéristiques du produit final pouvaient être licites. Cf. à ce propos et à l'égard de l'AMP 2012 n. 110.

³⁰ AMP 1994 – RO 1996 609 (hors vigueur).

³¹ aLMP – RO 1996 508 (hors vigueur).

³² aOMP – RO 1996 518 (hors vigueur).

³³ Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 422.

³⁴ TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 6.

3. *Les réponses données par le droit révisé*

22 Le droit révisé contient davantage d'informations explicites. Il régit les exigences (impératives) par rapport au produit et à sa production tant à l'article 12 qu'à l'article 30, LMP/AIMP 2019.

a. Les convergences entre les conditions de participation et les spécifications

23 Il pourrait paraître étonnant que l'article 12, LMP/AIMP 2019 soit mentionné dans le contexte des spécifications du marché. Or, le fait que l'article 26, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 renvoie aux exigences contenues à l'article 12, alinéa 1-4, LMP/AIMP 2019 et les transforme dans cette mesure en des « conditions de participation » (note marginale de l'art. 26, LMP/AIMP 2019) ne signifie pas pour autant que ces exigences ne concernent que l'historique du soumissionnaire en question (et donc ses activités en général), examiné au moment de la soumission de son offre.³⁵ Selon l'article 44, alinéa 1, lettre a, LMP/AIMP 2019, un soumissionnaire peut être exclu (resp., son adjudication peut être révoquée) non seulement si au moment de la soumission de l'offre (ou auparavant), il enfreint (ou a enfreint) les exigences selon l'article 12, LMP/AIMP 2019, mais également si l'infraction a lieu plus tard, à savoir pendant la procédure d'adjudication (exclusion de la procédure) ou après l'adjudication (révocation de l'adjudication). De plus, dans la mesure où l'article 12, alinéa 1, LMP exige le respect du droit applicable au lieu de la prestation (cf. *infra* n. 34), cette disposition traite spécifiquement de la fourniture des prestations faisant l'objet du marché public en question et non pas de l'historique du soumissionnaire – qui n'a peut-être encore jamais été actif au lieu de la prestation et dont on n'exige rien d'autre que le respect du droit applicable audit lieu dans le cadre de la réalisation du marché public concerné (l'art. 12, al. 1, LMP sous-entend que, concernant son historique, le soumissionnaire est évalué selon le droit applicable à ses activités passées et non pas selon le droit du lieu de la fourniture de la prestation qui fait l'objet du marché public en question, sauf s'il y était déjà contraint dans d'autres cas).

³⁵ Cf. pour deux cas dans lequel c'était le passé du soumissionnaire qui était pertinent sous la condition de participation concernant le respect du droit du travail: arrêt du TF 2C_159/2021 du 11 mai 2022, c. 1.3 et c. 3; arrêt du TF 2C_608/2021 du 11 mai 2022, c. 1.3 et c. 4.

Il résulte de cette analyse que les conditions de participation (art. 26, al. 1, LMP/AIMP 2019), en particulier les exigences prévues à l'article 12 (al. 1-4), LMP/AIMP 2019, doivent être respectées, notamment dans le cadre de la fourniture des prestations faisant concrètement l'objet du marché public.³⁶ Dans le cadre de cette fonction (et contrairement à l'autre fonction, relative à l'historique du soumissionnaire, resp., à ses activités en général), les conditions de participation constituent des spécifications du marché,³⁷ et plus précisément des spécifications quant au processus de production des prestations faisant l'objet de ce marché.³⁸ En fait, dans leur fonction pertinente dans ce contexte, ces conditions décrivent la manière par laquelle le prestataire doit procéder sous certains aspects lorsqu'il fournit la prestation en cause. Partant, elles sont à qualifier de spécifications, du moins matériellement.³⁹

³⁶ Cf. POLTIER (2023), n. 526: « Ces conditions doivent [...] être respectées aussi pendant l'exécution du contrat. »

³⁷ Le CN a débattu sur une proposition minoritaire selon laquelle l'art. 30, al. 4, LMP aurait permis l'établissement de spécifications sociales (en sus des spécifications écologiques, que la P-LMP [n.b.p. 62] prévoyait déjà; BO/CN 2018 1034: « ... ou de protéger l'environnement et les travailleurs ainsi que des directives concernant les conditions de travail »), et il l'a rejetée (BO/CN 2018 1034), partant du principe que la question est régie par l'art. 12 (al. 1 et al. 2), LMP (cf. BO/CN 2018 1030, vote du Conseiller fédéral UELI MAURER: « *Aus unserer Sicht ist es nicht notwendig, das bei den Eignungskriterien [recte: spécifications au sens de l'art. 30 LMP] einzufügen, denn wir haben diese Bestimmungen bereits in Artikel 12 eingefügt. Es ist wieder eine Wiederholung, die eben nicht stärkt, sondern allenfalls schwächen kann, wenn die Rechtsprechung sie dann einmal in einem Streitfall anwenden muss. Also bitte ich Sie, die Minderheit Landolt abzulehnen, weil das in Artikel 12 grundsätzlich geregelt ist.* »

³⁸ Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 201: pour ces auteur.e.s, qui plaident en principe pour l'admissibilité des exigences sociales impératives, il n'est pas décisif de savoir dans quelle mesure ces exigences sont à qualifier de spécifications ou de conditions d'exécution du marché. Il n'est pas contraire à cette logique de considérer les conditions de participation sociales comme des spécifications dans la mesure où ces conditions concernent l'exécution du marché public en cause.

³⁹ D'ailleurs, le libellé de l'art. 29, al. 4, LMP (cf. *supra* n.b.p. 28) démontre que le Parlement fédéral part du principe que les « spécifications techniques » peuvent englober des « exigences [...] en matière de durabilité sociale, écologique et économique ». Il y a donc lieu de concevoir d'une manière large la notion de spécification et non pas de la restreindre aux aspects « techniques » au sens propre du terme. Cela ne change toutefois rien au constat selon lequel la loi ne permet pas n'importe quelle spécification écologique ou sociale (cf. *supra* n. 20 et *infra* n. 31).

- 25 Si la grande majorité des conditions de participation énoncées par le droit des marchés publics (art. 12, al. 1-4 et art. 26, al. 1, LMP/AIMP 2019) exigent seulement le respect de la législation « ordinaire », qui est en vigueur indépendamment des marchés publics (et qu'il y a donc lieu de respecter même en dehors des marchés publics), certaines d'entre elles vont au-delà. Il s'agit du respect du droit de travail en vigueur au lieu de la prestation selon l'article 12, alinéa 1, LMP (cela concerne les soumissionnaires suisses ne travaillant pas au lieu de provenance; cf. *infra* n. 34, également pour l'art. 12, al. 1, AIMP 2019), des « autres standards de travail internationaux importants » selon l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 (cf. *infra* n. 36 ss)⁴⁰ et des « conventions internationales relatives à la protection de l'environnement » selon l'article 12, alinéa 3, LMP/AIMP 2019 lorsque le droit au lieu de prestation n'exige qu'un standard inférieur (cf. *infra* n. 68).⁴¹ Les deux dernières exigences concernent exclusivement les prestations produites en dehors du territoire suisse.
- 26 Ainsi, les exigences venant d'être énumérées astreignent le soumissionnaire à respecter non seulement le droit public en vigueur indépendamment des marchés publics, mais d'aller plus loin et d'observer également certains principes et règles qui découlent originairement de la législation spéciale sur les marchés publics (resp., des textes auxquels celui-ci renvoie) et qui ne relèvent pas du droit public « ordinaire ». Il ne semble pas osé d'adopter une interprétation de la loi (LMP/AIMP 2019) selon laquelle ces conditions de participation particulières, qui vont au-delà de la législation « ordinaire » (cf. *supra* n. 25), peuvent s'appliquer uniquement – au titre de spécifications (cf. *supra* n. 24) – au marché concrètement en question et ne doivent pas concerner les activités des soumissionnaires en général. Il est justifié d'exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication, par exemple, pour non-paiement des impôts et ce, indépendamment de la provenance des valeurs pour lesquelles les impôts sont dus selon le droit « ordinairement » applicable. En effet, un

⁴⁰ L'exigence du respect des conventions fondamentales de l'OIT selon l'art. 12, al. 2, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019 constitue une exigence concernant le respect du droit en vigueur indépendamment des marchés publics, étant donné que lesdites conventions ont un statut de droit international qualifié (cf. *infra* n. 35).

⁴¹ On peut partir de l'idée que la logique est ici la même que celle régnant à l'art. 12, al. 2, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019, concernant les conventions fondamentales de l'OIT (cf. *infra* n. 35).

tel comportement résulte toujours en avantage concurrentiel illicite pour le soumissionnaire en question. En revanche, il est injustifié d'exclure d'une procédure d'adjudication le soumissionnaire qui, dans son activité générale et de manière parfaitement conforme au droit applicable, n'a pas observé (matériellement) les exigences d'une condition de participation allant outre le respect du droit « ordinaire » applicable et ayant été établie spécifiquement dans la procédure en cause. Tout au plus, si ledit soumissionnaire avait promis à un adjudicateur de respecter les exigences en question, et qu'il les a enfreintes par la suite, l'on peut selon le cas déduire de ces faits qu'une nouvelle promesse du soumissionnaire n'est pas suffisamment crédible. Or, cela relève d'une autre problématique, qui n'impacte pas l'interprétation de la loi selon laquelle les conditions de participation particulières dont il est question ici doivent être respectées par le soumissionnaire (resp., prestataire) exclusivement dans le cadre de la production des prestations faisant l'objet du marché public concerné et ne doivent pas être appliquées à l'activité générale des soumissionnaires.⁴² La raison est que lesdites conditions de participation particulières ne concernent pas le respect du droit public « ordinairement » applicable à toute entreprise, mais l'observation de standards supérieurs ne valant pas en général mais uniquement dans le cadre des marchés publics pour lesquels ils ont été exigés. En effet, en dehors de ce marché, le droit des marchés publics ne vise pas à contraindre les soumissionnaires à adopter certains comportements que la législation « ordinaire » n'exige pas d'eux (cf. *infra* n. 115 s., n. 124 et n. 125 ss; cf. pour une exception impropre *infra* n. 39 et n. 64; cf. en outre, concernant les critères d'adjudication non impératifs, *infra* n. 123).

b. La disposition intitulée « spécifications techniques »

De son côté, l'article 30, LMP/AIMP 2019, qui selon son titre traite des « spécifications techniques », ne concerne pas seulement les caractéristiques du produit final (« sa fonction, ses performances, sa qualité, sa sécurité, ses dimensions [...] les exigences relatives au marquage ou à l'emballage »; al. 1; cf. *supra* n. 20) mais également les « procédés de production » (al. 1; cf. ég. art. X:6, AMP 2012). Selon le quatrième alinéa de cette disposition, les « spécifications techniques permettant de

⁴² Cf. ég. POLTIER (2023), n. 668; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 190 et n. 199.

préserver les ressources naturelles ou de protéger l'environnement »⁴³ sont conformes à la loi (cf. é.g. art. X:6, AMP 2012; *infra* n. 110). La règle spéciale contenue à cet alinéa ne vise pas seulement la protection de l'environnement et la préservation des ressources naturelles⁴⁴ dans le cadre de l'existence, l'exploitation, la maintenance, l'utilisation et l'élimination du produit faisant l'objet du marché public. Elle a en outre pour objet la poursuite de buts écologiques dans le cadre du processus de production des prestations formant le produit final⁴⁵ et ce, même si la méthode de production en cause n'a pas d'incidence sur les caractéristiques physiques (ou électroniques) du produit final.⁴⁶

- 28 En même temps, si l'aspect économique est couvert par les spécifications du produit final (cf. *supra* n. 20) selon l'article 30, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 (et les critères d'adjudication concernant le prix et la qualité du produit; cf. art. 29, al. 1, LMP/AIMP 2019), et si l'aspect écologique est spécifiquement traité par l'article 30, alinéa 4, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 27), l'article 30, LMP/AIMP 2019 ne mentionne aucunement

43 Il sied de préciser que la traduction allemande de la version RS de l'art. X, al. 6, AMP 2012 contient une erreur non négligeable qui risque de susciter l'impression fautive selon laquelle les pays signataires, respectivement leurs adjudicateurs, ne pourraient établir des spécifications destinées à préserver les ressources naturelles (lors du processus de production) que lorsqu'il s'agirait de *leurs propres* ressources (soit celles que l'on trouve dans le pays signataire en question): tandis que les textes officiels de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) parlent, de manière indifférenciée, de « la préservation des ressources naturelles » (« *the conservation of natural resources* »; « *la conservación de los recursos naturales* »), le texte allemand, en insérant un pronom possessif (se référant aux adjudicateurs) inexistant dans les textes originaux, parle de la « *Förderung der Erhaltung ihrer natürlichen Ressourcen* ». Il va sans dire que ce libellé (« *ihre* »; « leurs ») ne doit pas être observé; il est parfaitement loisible aux pouvoirs adjudicateurs d'établir des spécifications ayant pour but de préserver les ressources naturelles des pays de production autres que la Suisse ainsi que de pays tiers.

44 Cf. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 156, pour la notion de « ressources naturelles », qui ne concerne pas uniquement les matières premières mais également, entre autres l'air, l'atmosphère, la biodiversité, les espèces rares et les stocks halieutiques.

45 Cf. Message LMP, 1791 s.; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 418.

46 Message LMP, 1791: « Les spécifications techniques à visée écologique peuvent, bien qu'elles ne transparaissent alors pas dans le produit final, se rapporter au processus de fabrication s'il existe un lien objectif avec l'objet du marché »; OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 25; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 6; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 202, n. 418.

l'aspect social du développement durable.⁴⁷ S'agirait-il là d'un silence qualifié de la loi quant aux spécifications sociales, ayant pour effet de les interdire ? La réponse est certainement négative en ce qui concerne les spécifications sociales ayant un impact sur les caractéristiques physiques du produit final (cf. *supra* n. 20), telle que la planification d'un immeuble particulièrement accessible pour les personnes à mobilité réduite ou d'un logiciel particulièrement accessible et ergonomique (cf. *supra* n. 15).⁴⁸ Il en va de même pour la conclusion d'un contrat d'assurance en faveur des employé.e.s de l'adjudicateur qui serait particulièrement favorable aux intérêts du personnel.

Reste la question de savoir si l'article 30, LMP/AIMP 2019 entend 29
exclure, par un silence qualifié, toute spécification sociale n'ayant pas d'incidence sur les caractéristiques physiques du produit final. Le fait que le quatrième alinéa de la disposition précitée reste muet sur l'aspect social du développement durable semble diriger l'interprétation dans ce sens. Toutefois, comme exposé ci-avant (*supra* n. 23 ss), l'article 30, LMP/AIMP 2019 ne régit pas de manière exhaustive les questions liées aux spécifications du marché.⁴⁹ En effet, l'une des fonctions de l'article 12, LMP/AIMP 2019 est de régir la spécification du processus de production des prestations faisant l'objet du marché public concret (cf. *supra* n. 23 s.). Il n'y a pas lieu de partir de l'idée que l'article 30, LMP/AIMP 2019 ait pour objectif de déroger à l'article 12, LMP/AIMP 2019 et ainsi d'interdire toutes les exigences contenues dans cette dernière disposition ou, à tout le moins, celles de ces exigences qui vont au-delà du respect du droit ordinairement applicable (cf. par rapport à cette distinction *supra* n. 25 s.). Au contraire, dans le domaine des spécifications concernant le processus de production, les règles de l'article 12, LMP/AIMP 2019 s'ajoutent à celles de l'article 30, LMP/AIMP 2019. Dès lors, il sied de constater que, du moins en ce qui concerne les exigences de l'article 12, alinéa 1-4, LMP/AIMP 2019, l'article 30, LMP/

⁴⁷ HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 420.

⁴⁸ Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 8 ; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 420.

⁴⁹ BO/CN 2018 1030, 1034. Le Conseil national a rejeté une proposition visant à mentionner de manière expresse des spécifications sociales (concernant des aspects du processus de production qui n'ont pas d'incidence sur le produit final) à l'art. 30, al. 4, LMP, au motif que l'art. 12, al. 1 et al. 2, LMP régissait déjà la question et qu'il convenait d'éviter une répétition (cf. *supra* n.b.p. 37).

AIMP 2019 ne prohibe pas les spécifications sociales concernant le processus de production.

- 30 Comme il a été relevé ci-avant (*supra* n. 25 s.), les exigences de l'article 12, alinéa 1-4, LMP/AIMP 2019 portent principalement sur le respect du droit public « ordinaire », applicable indépendamment des marchés publics. Cela concerne en particulier les prestations fournies en Suisse (art. 12, al. 1 et al. 3, LMP/AIMP 2019) : pour celles-ci, hormis le cas spécial de l'article 12, alinéa 1, LMP (en ce qui concerne les soumissionnaires suisses provenant d'un autre lieu que le lieu de prestation ; cf. *infra* n. 34) la loi ne prévoit aucune exigence additionnelle, contrairement aux prestations produites à l'étranger (art. 12, al. 2, 2^e phrase, et al. 3, LMP/AIMP 2019 ; cf. *supra* n. 25, *infra* n. 36 ss et n. 41).

c. Conclusion

- 31 D'après ce qui précède, il convient de conclure que ni la LMP, ni l'AIMP 2019, ne permettent l'établissement de spécifications sociales (impératives) concernant le processus de production et n'ayant aucune incidence sur les caractéristiques du produit final lorsque ces exigences ne sont pas prévues expressément à l'article 12, LMP/AIMP 2019.⁵⁰ Le silence de l'article 30, LMP/AIMP 2019 sur cette question (cf. *supra* n. 28) et le règlement plutôt restrictif de l'aspect social par l'article 12, LMP/AIMP, notamment quant aux prestations produites en Suisse (cf. *supra* n. 25 et n. 30), indiquent qu'il n'y a probablement pas lieu d'interpréter la loi en ce sens qu'elle permettrait l'établissement d'autres spécifications sociales sans impact sur le produit final, qui ne sont pas expressément prévues à

⁵⁰ Cf. OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 28 ; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30 LMP n. 9 : ces auteur.e.s sont de l'avis que l'art. 30, LMP/AIMP 2019 permet des spécifications sociales concernant le processus de production et n'ayant pas d'impact sur le produit final. Dans la mesure où cela aboutit à des spécifications conformes à l'art. 12 (en particulier : al. 2, 2^e phrase ; cf. *infra* n. 36 ss), LMP/AIMP 2019 (à l'instar des produits issus du commerce équitable ; cf. *infra* n. 40), cet avis et celui défendu ici sont convergents. Selon l'opinion défendue dans le présent texte, l'art. 12, LMP/AIMP 2019 contient une réponse par rapport aux spécifications sociales et à la qualité immatérielle du produit final. D'un point de vue juridique, il sied de respecter cette réponse même si, suivant l'idée qu'il existe des aspects de qualité immatérielle des produits (cf. HAUSER/PISKÓTY [2023], n. 422 ; BEYELER [2012], p. 264), d'autres exigences (que celles prévues par l'art. 12, LMP/AIMP 2019) étaient concevables, voire souhaitables.

l'article 12, alinéa 1 et alinéa 2, LMP/AIMP 2019.⁵¹ Si l'article 12, alinéa 3, LMP/AIMP 2019 est complété par l'article 30, alinéa 4, l'article 12, alinéa 1 et alinéa 2 n'a pas de complément à l'article 30. Parmi les spécifications n'influant pas sur le produit final, les aspects économiques et écologiques semblent dès lors bénéficier d'une position privilégiée (cf. art. 30, al. 1 et al. 4, LMP/AIMP 2019; cf. *supra* n. 27 s.). Qui plus est, il y a probablement lieu de partir du principe que l'idée selon laquelle l'évitement de certaines conséquences sociales du processus de production d'une prestation peut augmenter la qualité immatérielle de celle-ci – en tout cas lorsqu'il s'agit de conséquences néfastes et graves (cf. les domaines visés par la proposition JANS *et al. infra* n. 36 et n. 38) – a été reprise par la LMP et l'AIMP 2019 seulement, mais au moins, dans le cadre de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, qui permet d'exiger une production des prestations allant au-delà du droit public ordinairement applicable aux prestations fournies à l'étranger (cf. *supra* n. 25 et *infra* n. 36 ss).

4. *La concrétisation des réponses concernant l'aspect social*

Il sied de clarifier quelles sont les spécifications sociales que l'article 12, LMP/AIMP 2019 permet d'établir concrètement (cf. *supra* n. 31). 32

a. Les prestations produites en Suisse

Pour commencer, il y a lieu de rappeler que pour les prestations produites en Suisse, sous l'aspect social et concernant les modalités de la production de la prestation n'ayant pas d'influence sur le produit final, l'adjudicateur public peut en principe seulement exiger le respect du droit social « ordinairement » en vigueur (droit du travail, y compris les dispositions concernant la lutte contre le travail au noir et l'égalité de 33

⁵¹ Cf. ég. Message LMP, 1730: « La durabilité sociale est prise en considération du fait, notamment, que les marchés portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne peuvent être adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les conditions de travail ainsi que l'égalité salariale entre femmes et hommes et les marchés portant sur des prestations à exécuter à l'étranger qu'à des soumissionnaires qui respectent au moins les huit conventions fondamentales de l'OIT. » Certes, l'énumération citée ne vise pas à être exhaustive (« notamment »), mais selon l'opinion défendue ici, l'idée est que la durabilité sociale peut en outre être prise en compte dans le cadre des critères d'adjudication (cf. Message LMP, 1788). En ce sens, en ce qui concerne les spécifications, le texte cité a l'intention d'être exhaustif.

traitement des employé.e.s), qui s'applique à toute activité économique déployée en Suisse et ce, indépendamment des marchés publics (art. 12, al. 1, LMP/AIMP 2019 ; cf. *supra* n. 25 s. et n. 30). En ce sens, il est par exemple illicite de prévoir une exigence impérative selon laquelle, pour être admis à la procédure d'adjudication, les soumissionnaires doivent disposer d'un régime de caisse de pension dépassant le minimum légal (une telle exigence dépasse celle de l'article 12, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 et, de surcroît, ne couvre pas exclusivement la production des prestations, mais également l'activité des soumissionnaires en général, ce qui ne peut faire l'objet d'une spécification du marché). Il en va de même en ce qui concerne l'exigence d'un certain niveau salarial au sein des entreprises soumissionnaires, lorsque ce niveau dépasse celui éventuellement prévu par le droit en vigueur (législation cantonale sur les salaires minimaux ou CCT de portée générale)⁵² ou qu'il n'existe pas, dans la branche concernée, de règles de droit fixant un salaire minimal. Cela étant, dans la mesure où le droit public applicable permet, par exemple, à un maître d'ouvrage de commander pour son chantier un régime de sécurité qui dépasse le minimum légal, un maître d'ouvrage public peut aller dans le même sens, car ce faisant, il n'outrepasse pas le droit public applicable et ne contrevient donc pas à l'article 12, alinéa 1, LMP/AIMP 2019, qui renvoie au droit public applicable.

- 34 Une exception au principe du minimum légal (cf. *supra* n. 33) doit cependant être mentionnée. En effet, selon l'article 12, alinéa 1, LMP, pour autant qu'un soumissionnaire suisse⁵³ produise la prestation faisant l'ob-

52 Cf. pour l'ancien droit CACJ/GE, arrêt A/2584/2011-MARPU (ATA/657/2011) du 18 octobre 2011, c. 10 (cf. ég. ATF 140 I 285, Faits, let. A).

53 Pour les soumissionnaires étrangers fournissant une prestation en Suisse, en vertu de l'art. 2 de la Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999 (LDét – RS 823.20), c'est dans tous les cas le droit du lieu de la prestation qui fait foi, même lorsque l'AIMP 2019 s'applique (et en dépit du fait que l'art. 12, al. 1, AIMP 2019 est quelque peu sibyllin concernant cette question, en n'évoquant de manière expresse que les dispositions « en vigueur en Suisse », ce qui doit être compris comme un renvoi implicite au principe du lieu de provenance selon la LMI [pour les soumissionnaires suisses] et au principe du lieu de prestation conformément à l'art. 2, LDét [pour les soumissionnaires étrangers produisant des prestations en Suisse]) : cf. Message type AIMP 2019, p. 46 ; KUNZ-NOTTER (2021), p. 130 ; PÄRLI (2022), n. 15 ; POLTIER (2023), n. 532 ; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 237. Cf. ég. KUNZ-NOTTER (2020), art. 12, LMP/AIMP 2019 n. 8 ; FETZ/STEINER (2020), n. 30.

jet d'un marché public (fédéral, soumis à la LMP) non pas à son lieu de provenance, mais ailleurs en Suisse, il doit respecter le droit du lieu de la prestation⁵⁴ et ce, en dérogation au principe général de l'article 2, alinéa 1 et alinéa 3 de la Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995⁵⁵ (lieu de provenance),⁵⁶ qui, en vertu de l'article 2, alinéa 2, LMI, lie également la Confédération (or, contrairement aux cantons et communes, la Confédération peut déroger à l'article 2, alinéa 2, LMI par une loi fédérale spéciale comme la LMP). Dans cette mesure, la LMP exige de certains soumissionnaires suisses d'observer davantage que la seule législation « ordinairement » applicable. Il en va autrement de l'AIMP 2019, dont l'article 12, alinéa 1 est conforme à la LMI et prévoit que les soumissionnaires suisses produisant en Suisse doivent respecter le droit applicable au lieu de leur provenance, indépendamment du lieu de la prestation.⁵⁷

b. Les prestations produites à l'étranger : le respect du droit applicable

Pour les prestations qui ne sont pas produites en Suisse, en vertu de l'article 12, alinéa 2, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019, l'adjudicateur public doit exiger en premier lieu que le droit social du lieu de production soit respecté.⁵⁸ Dans les cas où, pour les travailleuses et travailleurs, ledit

54 FETZ/STEINER (2020), n. 51 s.; STEINER (2020), p. 8; KUNZ-NOTTER (2020), art. 12 LMP/AIMP 2019 n. 5 ss, n. 8; DE ROSSA/DAVID (2020), n. 18 (avec n.b.p. 60); KUNZ-NOTTER (2021), p. 130; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 12 LMP n. 3; MARTI (2022), p. 22 s.; POLTIER (2023), n. 531; SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 537; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 237.

55 LMI – RS 943.02.

56 Cf. ég. POLTIER (2023), n. 531 s.; DE ROSSA/DAVID (2020), n. 18 (avec n.b.p. 60).

57 Cf. *supra* n.b.p. 53 et les réf. cit.

58 Message LMP, 1757: « Si la législation en vigueur au lieu d'exécution est plus stricte [que les règles des conventions fondamentales de l'OIT], elle doit être respectée »; MARTI (2022), p. 23: « Lorsque des prescriptions plus strictes s'appliquent au lieu d'exécution, celles-ci doivent être respectées »; KUNZ-NOTTER (2020), art. 12 LMP/AIMP 2019 n. 11; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 12, LMP n. 9 (cf. ég. *loc. cit.*, n. 12: le même principe vaut pour le respect du droit environnemental au sens de l'art. 12, al. 3 LMP). – Cette règle ne se trouve pas dans le texte de l'art. 12, al. 2, LMP/AIMP 2019, ce qui est déplorable dans une perspective de transparence législative, mais ne change rien à son existence. Certes, comme son prédécesseur, l'art. 7, al. 2, aOMP, le nouvel art. 12, al. 2 (1^{ère} phrase), LMP 2019 pourrait être interprété en ce sens que l'adjudicateur ne peut exiger que le droit du lieu de production (étranger) doive être

droit est moins favorable que les standards établis par les conventions fondamentales de l'OIT⁵⁹ (énumérées à l'annexe 6, LMP et à l'annexe 3, AIMP 2019), l'adjudicateur est obligé d'exiger le respect desdits stan-

respecté (dans la mesure où ce droit, comme, p.ex., dans l'UE, dépasse les standards minimaux établis par les conventions fondamentales de l'OIT [OIT]). Toutefois, une telle interprétation serait erronée parce qu'elle relèverait d'une focalisation isolée du texte de la disposition. Elle ne tiendrait pas compte du fait que, s'il n'avait pas le droit d'exiger le respect du droit en vigueur au lieu de production (lorsque ce droit dépasse les standards des conventions fondamentales de l'OIT), l'adjudicateur public suisse se rendrait en quelque sorte coupable de complicité à la violation du droit (étranger) en vigueur au lieu de production. L'interprétation refusée ici créerait ainsi une incohérence manifeste et grave dans l'ordre juridique. En outre, une lecture isolée du texte se heurte au but de l'art. 12, LMP/AIMP, qui est la mise en œuvre du « respect des dispositions » (titre de l'art. 12) applicables (en matière sociale et environnementale) par les soumissionnaires, respectivement, l'évitement de violations de ces dispositions par les prestataires actifs dans le cadre d'un marché public. Ce but englobe le respect des dispositions en vigueur aux lieux de production étrangers (même si ces dispositions dépassent les standards des conventions fondamentales de l'OIT); décider autrement signifierait qu'on accepterait que sous certaines circonstances, un marché public est exécuté en violation des dispositions légales applicables à cette exécution. Du reste, le fait d'admettre un soumissionnaire qui respecte les standards des conventions fondamentales de l'OIT mais non pas le droit en vigueur au lieu de production qui va au-delà de ces standards reviendrait à une discrimination de tous les soumissionnaires suisses et étrangers qui respectent le droit qui leur est applicable. Dès lors, malgré son texte potentiellement trompeur, l'art. 12, al. 2, 1^{ère} phrase, doit être compris en ce sens que, en ce qui concerne les prestations produites à l'étranger, c'est dans tous les cas le droit applicable au lieu de production qui doit être respecté, et que les standards des conventions fondamentales de l'OIT n'entrent en jeu et ne s'appliquent directement que lorsque ledit droit ne respecte pas ces standards, mais reste en dessous ceux-ci. Dans cette perspective, la formule « au moins » (art. 12, al. 2, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019) rappelle que le rôle des conventions fondamentales de l'OIT n'est que subsidiaire et que tout droit social applicable au lieu de production qui dépasse les standards desdites conventions prime. – L'importance de la présente critique du texte de l'art. 12, al. 2, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019 n'est pas seulement de nature académique, mais surtout pratique: sur la plateforme simap.ch, nombreux sont les appels d'offres qui, expressément, n'exigent que le respect des conventions fondamentales pour les prestations produites à l'étranger (et ce, même sans la formulation « au moins »), et enfreignent ainsi la disposition citée, dûment interprétée (cf., p.ex., n^{os} de publication simap 1333 997 [« *Wird eine Leistung im Ausland erbracht, so erklärt der Anbieter die Einhaltung der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)* »; Commune de Muri/BE], 1325041 et 1297 005 [« Si la prestation est exécutée à l'étranger, le soumissionnaire déclare respecter les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) »; Office fédéral des constructions et de la logistique et Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics KBOB]).

⁵⁹ Organisation Internationale du Travail.

dards, qui ont le caractère de droit coutumier international⁶⁰ et sont assimilés à des droits fondamentaux, censés être respectés par tous les membres de l'OIT (cf. cpdt *infra* n. 42 *in fine*)⁶¹. Pour cette raison, l'exigence de respecter lesdites conventions concerne, en fin de compte, le droit applicable de manière « ordinaire » et ne va pas au-delà.

c. Les prestations produites à l'étranger : les autres standards

Outre l'exigence légale de respecter le droit « ordinaire », que l'adjudicateur public doit impérativement appliquer dans tous les cas (cf. *supra* n. 25 et n. 35), l'article 12, al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019, qui est une disposition potestative (« peut [...] exiger »), lui permet d'aller plus loin et d'exiger le respect « d'autres standards de travail internationaux importants ». Cette règle ne figurait pas dans le projet de la Loi fédérale sur les marchés publics du 15 février 2017⁶² mais a été introduite par l'Assemblée fédérale.⁶³ Il ressort de l'histoire de sa genèse parlementaire que, par la formulation « standards de travail internationaux importants », ladite règle vise en particulier la promotion de la protection de la santé et des salaires de subsistance ainsi que l'évitement des horaires de travail excessifs et des rapports de travail informels. Ces domaines étaient mentionnés de manière non exhaustive⁶⁴ dans la proposition BEAT Jans *et*

⁶⁰ TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 12, LMP n. 10.

⁶¹ Cf. Message LMP, 1758 : « La Déclaration de l'OIT de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail [FF 2000 357] oblige tous les États membres, du seul fait de leur appartenance à l'OIT, à respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les droits fondamentaux qui sont l'objet de ces huit conventions ».

⁶² P-LMP – FF 2017 1851.

⁶³ BO/CN 2018 1013 (art. 12 al. 2^{bis}; cf. la proposition FABIO REGAZZI, BO/CN 2018 1012, en faveur de laquelle le Conseiller national BEAT JANS avait retiré sa proposition pour un nouvel al. 2^{bis}, BO/CN 2018 1001 et 1012); BO/CE 2018 975 (art. 12 al. 2); BO/CN 2019 146 (art. 12 al. 2).

⁶⁴ BO/CN 2018 1013 (« notamment »).

al.,⁶⁵ qui a été retirée en faveur de la proposition FABIO REGAZZI^{66, 67}. Ce retrait était motivé par le fait que la proposition FABIO REGAZZI était comprise en ce sens qu'elle ne contredisait en aucun point la proposition BEAT JANS *et al.*, et qu'on jugeait qu'elle était mieux rédigée que celle-ci.⁶⁸ En effet, sur le principe, la proposition FABIO REGAZZI était libellée de la même manière (« d'autres normes importantes du travail »)⁶⁹ mais ne contenait aucune énumération de domaines concrets.⁷⁰ Dans la motivation écrite de sa proposition, le Conseiller national FABIO REGAZZI a indiqué qu'en énumérant des exigences concrètes, la proposition BEAT JANS *et al.* allait trop loin.⁷¹ Ladite motivation ne dit pas que les domaines énumérés dans la proposition BEAT JANS *et al.* ne devraient pas être visés par un adjudicateur qui s'y décide; elle semble plutôt préconiser de ne pas concrétiser la notion de « normes importantes du travail » (resp., « standards de travail internationaux importants »⁷²) dans la loi,

65 BO/CN 2018 1013: « [art. 12 al. 2^{bis} LMP] En outre, une preuve peut être exigée montrant que des mesures visant au respect d'autres normes importantes du travail, notamment pour assurer la protection de la santé, pour empêcher des horaires de travail excessifs, pour établir des relations de travail formelles et pour verser un salaire de subsistance sont appliquées ».

66 BO/CN 2018 1013: « [art. 12 al. 2^{bis} LMP] En outre, une preuve peut être exigée montrant que des mesures visant au respect d'autres normes importantes du travail sont appliquées ».

67 BO/CN 2018 1001.

68 BO/CN 2018 1001: « *In diesem Sinn bitte ich Sie, meine Minderheit zu unterstützen. Ich ziehe sie allerdings zurück, weil Herr Regazzi einen noch besser formulierten Einzelantrag eingebracht hat. Zu dessen Gunsten, denke ich, kann ich meinen Antrag zu Artikel 12 Absatz 2bis zurückziehen.* »

69 BO/CN 2018 1013 (cf. *supra* n.b.p. 65 et n.b.p. 66).

70 BO/CN 2018 1013 (cf. *supra* n.b.p. 66).

71 BO/CN 2018 1012 (« *Die Minderheit [BEAT JANS et al.] [...] geht mit der Aufzählung der konkreten Anforderungen [...] zu weit* »).

72 Tandis que les propositions BEAT JANS *et al.* ainsi que FABIO REGAZZI formulaient « normes importantes du travail » (BO/CN 2018 1013), sur proposition de la majorité de sa Commission de l'économie et des redevances (CER-E), le Conseil des États a modifié ce libellé et a introduit la notion des « standards internationaux du travail importants » (BO/CE 2018 973 et 975). Les « normes » ont ainsi été remplacées par les « standards », ce qui correspond, selon l'opinion défendue ici, à une ouverture du texte et, partant, à un élargissement des exigences admissibles à la lumière de l'art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP. En même temps, le fait que les « standards internationaux du travail importants » (BO/CE 2018 973 et 975) soient plus tard devenus des « standards de travail internationaux importants » (art. 12,

mais de laisser la tâche de cette concrétisation à la pratique (ce qui peut être considéré comme une flexibilisation, voire une ouverture de la disposition). Par ailleurs, il n'est pas certain que les soutiens à la proposition FABIO REGAZZI⁷³ aient suffisamment pris en compte le caractère exemplatif (« notamment »)⁷⁴ – et non pas exhaustif – de l'énumération de certains domaines de la proposition BEAT JANS *et al.*,⁷⁵ de sorte qu'elle n'excluait aucunement les autres domaines, et que de surcroît, ladite énumération ne pouvait de toute manière pas être contraignante étant donné que la règle concernée était conçue comme « *Kann-Bestimmung* » en faveur de l'adjudicateur (« une preuve peut être exigée »)⁷⁶.

En ce sens, la renonciation à l'énumération de certains domaines, préconisée par la proposition FABIO REGAZZI, doit être interprétée comme une confirmation du fait que la disposition en question n'établit aucune obligation à la charge des adjudicateurs publics et ne limite pas son champ d'application à un choix restreint de domaines spécifiques du monde du travail. Dans ce contexte, il sied de noter que selon le vote par lequel le Conseiller national LEO C. MÜLLER (au nom du groupe du PDC) a appelé à soutenir la proposition FABIO REGAZZI, l'avantage de cette proposition par rapport à la proposition BEAT JANS *et al.* résidait dans le fait que cette dernière serait formulée de manière trop restrictive (« *zu einschränkend* »).⁷⁷ Au vu de ces circonstances, il ne convient pas d'admettre que l'adoption de la proposition FABIO REGAZZI doive être vue comme un rejet des domaines concrets visés par la proposition BEAT JANS *et al.* (ou d'autres domaines). Bien au contraire, il semble qu'en renonçant à énumérer des domaines concrets, les parlementaires entendaient laisser aux adjudicateurs un pouvoir d'appréciation suffisamment large.

al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019) n'a aucune pertinence juridique et ne reflète qu'un toilettage rédactionnel de la disposition.

⁷³ BO/CN 2018 1012.

⁷⁴ BO/CN 2018 1013.

⁷⁵ BO/CN 2018 1013.

⁷⁶ BO/CN 2018 1013 (cf. *supra* n.b.p. 65).

⁷⁷ BO/CN 2018 1004: « *Sie haben es gehört, ein ähnlicher Antrag, der aber zu einschränkend formuliert war, war die Minderheit Jans zu Artikel 12 Absatz 2^{bis}. Diese Minderheit wurde jetzt zurückgezogen. Wir haben nun den Einzelantrag Regazzi vorliegen, und ich bitte Sie, diesen zu unterstützen.* »

38 La motivation de la proposition FABIO REGAZZI parle de cas spécifiques⁷⁸ dans lesquels l'adjudicateur public doit pouvoir intégrer dans l'appel d'offres des exigences sociales dépassant le minimum absolu⁷⁹ (qui est constitué, dans le contexte de la disposition en question, par le droit applicable au lieu de production et, subsidiairement, par les conventions fondamentales de l'OIT ; art. 12, alinéa 2 [1^{ère} phrase], LMP/AIMP 2019 ; cf. *supra* n. 35). Le but est, selon la motivation, de donner aux adjudicateurs des instruments afin de pouvoir réagir à des dysfonctionnements connus.⁸⁰ En ce sens, l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 permet avant tout d'établir des exigences sociales allant outre les standards prescrits par le droit « ordinairement » applicable au lieu de production dans les cas où lesdits standards ou la réalité factuelle audit lieu sont particulièrement graves, voire choquants. L'on comprend qu'il s'agit d'une démarche réactive et défensive : l'adjudicateur doit pouvoir éviter de faire produire ses prestations dans des conditions inacceptables⁸¹ afin de ne pas participer aux pratiques en cause et de ne pas les promouvoir. Cela étant, il ne semble pas que l'idée traduite par la disposition est de permettre à l'adjudicateur d'établir des exigences allant au-delà de l'évitement du recours à des pratiques inacceptables. En d'autres termes, le fait d'exiger certaines pratiques qui ne paraissent pas strictement nécessaires, au vu de la situation factuelle aux lieux de production concernés, n'est pas couvert par l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019, même là où de telles pratiques peuvent sembler souhaitables. Dès lors, il sied de partir de l'idée qu'un standard de travail international est « important » (art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019) dans la mesure

78 BO/CN 2018 1012 (« *in spezifischen Fällen* »).

79 BO/CN 2018 1012 (« *Die Beschaffungsstellen sollen die Möglichkeit erhalten, in spezifischen Fällen über das absolute Minimum hinausgehende Anforderungen in die Ausschreibung aufzunehmen* »).

80 BO/CN 2018 1012 (« *Beschaffungsstellen sollen [...] auf bekannte Missstände reagieren können* »).

81 Cf. à ce propos le vote du Conseiller national BEAT JANS, BO/CN 2018 1003: « *Wir wollen vor allem, dass Geschichten wie die Geschichte, die Sie vielleicht noch in Erinnerung haben, nicht mehr passieren: Da hat man für die Kleidung der Zivildienstleistenden einen Auftrag nach Mumbai erteilt. Die Leute dort mussten diese Kleider herstellen – unter miserablen Arbeitsbedingungen; zu wenig Licht, keine fairen Arbeitsverhältnisse, katastrophale Löhne – und das für einen Schweizer Auftraggeber, für Schweizer Kleider. Das wollen wir nicht mehr. Deshalb braucht es hier eine Korrektur, und wir glauben, dass der Antrag Regazzi dazu die Lösung bietet.* »

où il établit un niveau de protection des travailleuses et travailleurs qui doit être jugé d'indispensable afin d'éviter des situations inacceptables.

Un standard de travail est « international » (art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019) lorsqu'il est largement reconnu dans un nombre considérable de pays.⁸² Tel est le cas, selon l'opinion défendue ici, en particulier des standards « SA8000 »⁸³ et « amfori BSCI »,⁸⁴ ainsi que, dans l'industrie textile, des conditions d'admission à l'adhésion au programme de la « Fair Wear Foundation »⁸⁵. Les exigences de ces standards et conditions s'inspirent dans une large mesure du faisceau de mesures prévues dans des conventions de l'OIT qui n'appartiennent pas au cercle des conventions fondamentales (cf. *supra* n. 35), mais qui ont tout de même été édictées par cette organisation tripartite⁸⁶ comptant 187 États-membres et ratifiées par un grand nombre d'États. Par ailleurs, il est vrai que la réalisation, et la vérification du respect, des standards mentionnés ne peuvent être limitées à la production des prestations faisant l'objet du

82 L'attribut « international » ne figurait ni dans la proposition FABIO REGAZZI (BO/CN 2018 1013; cf. *supra* n.b.p. 66) ni dans la proposition BEAT JANS *et al.* (BO/CN 2018 1013; cf. *supra* n.b.p. 65) mais a été introduit au Conseil des États (par la majorité de la Commission de l'économie et des redevances [CER-E]). Cela étant, aucun vote parlementaire n'a traité de sa signification précise.

83 Social Accountability International (SAI), standard SA8000:2014 (cf. <https://sa-intl.org/resources/sa8000-standard>; visité le 5 avril 2024).

84 Business Social Compliance Initiative (BSCI), amfori BSCI Code of Conduct (2021; cf. <https://s3.eu-west-1.amazonaws.com/www-php-media-files.prd.amfori-services.k8s.amfori.org/09/amfori-bsci-code-of-conduct-english-december-2021-v2-2-1.pdf>; visité le 5 avril 2024). – Cf. à ce sujet TAF B-4165/2022, 23 novembre 2022, c. 3.10 (dans ce cas, l'adjudicateur avait demandé le respect du amfori BSCI Code of Conduct des soumissionnaires et de leurs sous-traitants; cette exigence n'était pas contestée dans le cas d'espèce; était litigieuse la question de savoir comment il y avait lieu d'interpréter l'exigence établie concrètement; sous cette réserve, l'on peut noter que le Tribunal administratif fédéral n'a pas émis le moindre doute par rapport à la licéité du standard en question, mais il a relevé, loc. cit., que celui-ci se base sur des principes largement reconnus tels que la déclaration universelle des droits de l'homme et les conventions et recommandations de l'OIT).

85 Dans le cadre d'une coopération formalisée entre la Fair Wear Foundation et une entreprise, cette dernière s'oblige à respecter certains standards, basés en particulier sur les conventions de l'OIT et la déclaration des droits de l'homme des Nations unies (cf. <https://www.fairwear.org/about-us/labour-standards>; visité le 5 avril 2024).

86 Cf. art. 3, al. 1 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail du 28 juin 1919 (nouvelle teneur selon l'Instrument pour l'amendement de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail du 9 octobre 1946), signée à Montréal le 9 octobre 1946; RS 0.820.1.

marché public concret, mais doivent se faire au niveau des entreprises impliquées. Néanmoins, selon l'opinion défendue ici,⁸⁷ à condition que le but de l'exigence en question reste tout de même limité à un marché public concret, que cette exigence soit importante et qu'elle ne puisse être respectée ou vérifiée autrement, il convient d'admettre une exception à la règle selon laquelle les spécifications du marché doivent être liées exclusivement à la production et au produit final du marché public (le même constat vaut pour les critères d'adjudication; cf. *infra* n. 64).⁸⁸

- 40 Toujours selon l'opinion défendue ici, les exigences du label de commerce équitable « Max Havelaar »⁸⁹ sont à qualifier de « standards de travail internationaux importants » au sens de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019.⁹⁰ S'il est vrai que ces exigences ne concernent pas exclusivement les rapports de travail au sens du travail salarié, mais avant tout la situation économique et sociale de petits paysans exposés (à défaut de commerce équitable) aux pressions du marché mondial et

87 Cf. DE ROSSA/DAVID (2020), n. 23: « 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 ». En effet, un système de management social (quelconque) ne peut être exigé sous le titre des spécifications (ou sous celui des conditions de participation). Toutefois, cela ne signifie pas que des standards concrets, visant des problématiques déterminées, soient inadmissibles s'ils s'appliquent sur le niveau de l'entreprise parce qu'il n'est pas possible de réaliser ou de vérifier les exigences en question uniquement dans le cadre de la production des prestations en question.

88 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 206 s.

89 Cf. pour une orientation sur les exigences du label Max Havelaar <https://www.fairtrademaxhavelaar.ch/fr/consommateurs/translate-to-fr-unser-label> (visité le 5 avril 2024). Entre autres, il sied de mentionner le « prix minimum Fairtrade » (garanti dans la durée), la « prime Fairtrade » (à investir dans le développement durable de l'exploitation et des personnes impliquées dans la production) ainsi que d'autres mesures visant l'amélioration de la situation économique, sociale (y compris la santé) et environnementale au lieu de production.

90 Du même avis, dans le résultat et passant par l'art. 30, LMP/AIMP 2019 (cf. à cet égard *supra* n. 22 ss), OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 28; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 9; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 422. Cf. en outre op. cit., n. 208: selon ces auteur.e.s, il est interdit de limiter la concurrence aux seuls soumissionnaires qui, dans leurs activités générales, proposent exclusivement des produits issus du commerce équitable. En effet, une telle exigence va plus loin que nécessaire, l'adjudicateur pouvant se limiter à exiger que les produits qui lui sont fournis aient été produits selon les standards du commerce équitable. L'exigence selon laquelle tous les produits proposés par le soumissionnaire répondent à certains standards n'a en ce sens pas de lien suffisant avec le marché concret.

de ses grands acteurs puissants,⁹¹ ainsi que l'environnement au lieu de production, la prise en compte des besoins fondamentaux de ces paysannes et paysans est parfaitement conforme avec le but de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019. Ce but est de permettre aux adjudicateurs de se préoccuper, dans un cadre minimal dépassant les conventions fondamentales de l'OIT, de la durabilité sociale (resp., des conséquences sociales) de la production des prestations qu'ils commandent, même si les exigences posées n'ont pas d'incidence sur la nature physique du produit final. Il serait trop restrictif d'interpréter « travail » au sens de la disposition citée comme n'incluant que le travail salarié et non pas également le travail indépendant des petites paysannes et petits paysans. Du reste, la durabilité sociale dépend, entre autres, de l'état de l'environnement ainsi que de la situation économique des productrices et producteurs. Ainsi, à y regarder de plus près, les exigences du commerce équitable n'outrepassent pas les limites de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019.

41
Finalement, il sied de préciser que l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 permet d'exiger le respect de « standards », et non pas de « normes », de travail internationaux importants. Dans le contexte d'une procédure d'adjudication, peut constituer un « standard » (impératif) toute exigence déterminée qu'il y a lieu de respecter, selon le cas au minimum ou de manière précise. Le Conseil des États a substitué le terme « norme[s] », contenu dans les propositions BEAT JANS *et al.*⁹² et FABIO REGAZZI,⁹³ par celui de « standards »,⁹⁴ ce que le Conseil national n'a plus modifié par la suite.⁹⁵ Ce changement n'est pas seulement de nature terminologique mais revêt une importance matérielle. Au fil de l'histoire de la genèse parlementaire de l'article 12, alinéa 3, LMP/AIMP 2019 (qui traite, notamment, du droit environnemental à respecter par les soumissionnaires produisant à l'étranger), l'Assemblée fédérale a sup-

91 Cf. <https://www.fairtrademaxhavelaar.ch/fr/consommateurs/translate-to-fr-unser-label> (visité le 5 avril 2024) : « Les prix minimums Fairtrade constituent un filet de sécurité important en cas de chute des prix du marché ».

92 BO/CN 2018 1013 (cf. *supra* n.b.p. 65).

93 BO/CN 2018 1013 (cf. *supra* n.b.p. 66).

94 BO/CE 2018 973.

95 BO/CN 2019 144 et 146.

primé le terme allemand « *international[e] Standards* »⁹⁶ (en français : « normes [...] internationa[les] »⁹⁷) et a ainsi restreint⁹⁸ le cercle des exigences pouvant être établies en vertu de l'article 12, alinéa 3, LMP/AIMP 2019 (pour la production à l'étranger) aux obligations découlant du droit international (« *international[e] Übereinkommen* » ; « conventions internationales »). Le fait qu'en même temps, en matière de travail, les « normes » soient devenues des « standards » (art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019), doit donc être interprété en ce sens que dans ce domaine, le Parlement ne voulait pas limiter l'objet de la disposition aux « conventions internationales » (art. 12, al. 3, LMP/AIMP 2019), respectivement à des normes légales, contrairement au domaine de l'environnement. Tout au contraire, il s'est décidé à ne pas parler, dans la deuxième phrase de l'article 12, alinéa 2, LMP/AIMP 2019, de conventions internationales (ou de « normes »), mais de leur préférer le terme bien plus large de « standards ». L'on ne saurait donc exiger, sur la base de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019, que l'adjudicateur établisse uniquement des spécifications découlant de certaines conventions du droit international. D'autres exigences répondant aux critères de la notion de « standards de travail internationaux importants » sont tout aussi admissibles.⁹⁹

d. L'interprétation de la notion des « autres standards » par le Conseil fédéral

- 42 Selon l'article 4, alinéa 2, OMP, outre le respect des conventions fondamentales de l'OIT, un adjudicateur assujetti à la LMP « peut exiger, à titre de standards de travail internationaux importants [art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP], que les soumissionnaires respectent les principes inscrits dans d'autres conventions de l'OIT, à condition que la Suisse les ait ratifiées ». Même si, à première vue, en raison de son caractère facultatif (« peut exiger »), cette disposition ne semble pas établir un ordre exhaustif, il sied de constater qu'un tel ordre semble correspondre à l'intention

⁹⁶ BO/CN 2018 1010.

⁹⁷ BO/CN 2018 1010.

⁹⁸ Cf. BO/CE 2018 968 (vote du Conseiller aux États PIRMIN BISCHOF au nom de la CER-E [cf. *supra* n.b.p. 72]): « *In der Diskussion hat sich ergeben, dass wir nicht von internationalen Standards reden wollen, sondern nur von internationalen Übereinkommen – von denen aber schon* ».

⁹⁹ Selon TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 12, LMP n. 11, la question est controversée.

du Conseil fédéral, qui a établi la condition que « la Suisse [...] ait ratifié[é] » les conventions dont se sert l'adjudicateur (ce qui n'aurait probablement pas de sens si, d'après l'intention du Conseil fédéral, l'adjudicateur était libre de choisir d'autres standards). Par l'article 4, alinéa 2, OMP, le Conseil fédéral entend donc limiter les « standards de travail internationaux importants » selon l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP aux seules normes découlant des conventions de l'OIT que la Suisse a ratifiées¹⁰⁰ (il existe environ trois douzaines de conventions de l'OIT que la Suisse n'a pas ratifiées,¹⁰¹ deux d'entre elles étant d'ailleurs qualifiées de fondamentales¹⁰²).¹⁰³

Cela dit, il est tout sauf certain que cette limitation opérée par l'article 4, alinéa 2, OMP respecte la règle légale de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP et l'esprit des propositions BEAT JANS *et al.* et FABIO REGAZZI (cf. *supra* n. 36 ss). Contrairement aux aspects écologiques, qui ne sont pas réglementés de la même manière (art. 12, al. 3, LMP; cf. *supra* n. 41), le Parlement n'a, pour le domaine du travail, pas posé le critère des « conventions internationales » (ni celui des « normes »), mais a opté pour celui des « standards internationaux » – critère qu'il a délibérément refusé dans le cadre des aspects écologiques (cf. *supra* n. 41). Ainsi, de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP, il ne découle ni que les exigences doivent correspondre à des normes du droit international ou national, ni que les standards doivent être prévus dans des conventions internationales (de l'OIT, que la Suisse a ratifiées).¹⁰⁴ La disposition est bien plus

¹⁰⁰ Cf. Commentaire OMP 2020, p. 7: « Le présent alinéa précise ce qui est compris sous autres standards de travail internationaux importants. »

¹⁰¹ Cf. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11210:0::NO::P11210_COUNTRY_ID:102861 (visité le 5 avril 2024): 37 conventions non ratifiées.

¹⁰² Cf. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11210:0::NO::P11210_COUNTRY_ID:102861 (visité le 5 avril 2024): Convention (n° 155) sur la sécurité et la santé des travailleurs, 1981; Convention (n° 187) sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail, 2006. En ce sens, l'annexe 6, LMP et l'annexe 3, AIMP 2019 sont lacunaires. – Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 239.

¹⁰³ Cf. pour des exemples de standards envisageables dans ce cadre DE ROSSA/DAVID (2020), n. 18: « obligations portant [...] sur la santé au travail, sur la protection de la maternité, sur la durée maximale du travail et sur le salaire minimum vital ».

¹⁰⁴ Dans le Commentaire OMP 2010, p. 7, le Conseil fédéral motive son choix d'adopter, à l'art. 4, al. 2, OMP, une règle destinée à restreindre les « autres standards de travail internationaux importants » aux conventions de l'OIT que la Suisse a ratifiées, comme suit: « Ces principes sont reconnus par la Suisse et par la communauté

ouverte et ne contient pas de condition formelle. Elle doit être lue en tenant compte de son texte ouvert et à la lumière des propositions BEAT JANS *et al.* et FABIO REGAZZI (cf. *supra* 36 ss). C'est le caractère « international » (internationalement reconnu; cf. *supra* n. 39) et « important » (réagissant à de graves dysfonctionnements; cf. *supra* n. 36 et n. 38) qui fait qu'une exigence donnée est le cas échéant un « standard de travail » au sens de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP. En outre, même si l'article 60, alinéa 1, LMP confie au Conseil fédéral la tâche d'édicter des dispositions d'exécution, il est évident que, contrairement à l'article 12, alinéa 3, LMP, qui délègue expressément au Conseil fédéral la compétence de déterminer (exhaustivement) les conventions internationales pertinentes, l'article 12, alinéa 2, LMP ne contient aucune délégation spécifique, et encore moins un transfert d'une compétence pour limiter l'étendue de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP. Dès lors, l'OMP du Conseil fédéral doit se limiter à des questions d'exécution de l'article 12, alinéa 2 (2^e phrase), LMP et ne saurait par-là restreindre la notion de

internationale. Ils sont clairement définis juridiquement et sont issus d'un accord au niveau international entre gouvernements et partenaires sociaux. Il est à noter que l'OIT est la seule référence et organisation internationale dans le domaine du droit du travail qui fait autorité ». Ces arguments ne traitent pas du texte de la loi, qui ne renvoie à aucune autorité de droit international et n'exige pas que ce soient des États qui aient reconnu le caractère important des standards en question. Du reste, le Conseil fédéral ne mentionne pas que toutes les conventions de l'OIT ratifiées par la Suisse n'ont pas été ratifiées par tous les membres de l'OIT et que la Suisse n'a pas ratifié toutes les conventions de l'OIT (cf. n. 42). Ainsi, le choix des conventions ratifiées par la Suisse n'est pas convaincant. En fait, le Conseil fédéral sous-entend que le droit international (en particulier, l'AMP 2012) interdit à la Suisse d'exiger le respect de standards qu'elle-même n'a pas juridiquement acceptés, et donc que l'art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP ne saurait constituer une base pour l'exigence de ces standards. Or, si l'interdiction de discrimination du droit international permet d'aller plus loin que les conventions fondamentales de l'OIT (cf. à ce sujet *infra* n. 112) – ce que le Conseil fédéral ne conteste pas sur le principe – il n'est que peu probable que le critère de l'admissibilité réside dans le fait que le pays de l'adjudicateur ait ratifié des conventions de l'OIT traitant de l'exigence en question dans le cas d'espèce. Bien plutôt, il y a lieu de s'attendre à ce que soit déterminante la question de savoir si l'exigence en cause concerne un problème social important qui n'existe pas ou qui est résolu de manière suffisante, *de iure ou de facto*, dans le pays de l'adjudicateur. Si la réponse à cette question est négative sous le premier ou le deuxième aspect, il est difficile d'éviter tout soupçon de discrimination. En ce sens, ce n'est que dans le cas où il s'agit de problèmes graves, que le pays de l'adjudicateur ne doit pas se faire reprocher, que cet adjudicateur peut exiger d'un soumissionnaire d'aller plus loin que la législation applicable au lieu de production (tant que l'exigence en cause ne dépasse pas ladite législation, elle ne pose pas de problème particulier).

« standards de travail internationaux importants », contenue dans la loi au sens formel. Il convient donc d'interpréter l'article 4, alinéa 2, OMP en ce sens que les exigences qu'il désigne ne constituent qu'une énumération non exhaustive et que seule la notion légale (cf. *supra* n. 36 ss) est décisive.

B. Deux précisions

Pour se comporter de manière durable, une consommatrice, notamment une entité adjudicatrice publique, devrait d'abord prendre en considération la renonciation à l'acquisition et le réemploi de biens existants (n. *supra* 7 ss). Lorsque ces deux options sont impossibles ou conduiraient à des résultats insatisfaisants, il est recommandé de concevoir les prestations neuves en tenant compte de manière optimale des divers aspects du développement durable (n. *supra* 14 ss). Ce travail de conception est en principe effectué en amont de la phase de sélection¹⁰⁵ entre plusieurs offres concernant lesdites prestations (procédure d'adjudication). Or, il y a lieu de nuancer ce point sous deux aspects.

Premièrement, pour se faire assister dans la conception des prestations à produire, la consommatrice peut acquérir des services de conception auprès d'un tiers. L'on pense ici, notamment, aux contrats de conception (resp., planification) du domaine de la construction ainsi qu'aux concours et mandats d'études parallèles qui précèdent le cas échéant la conclusion de tels contrats et dans le cadre desquels une partie du travail de conception est réalisée avant cette conclusion. Lorsque la consommatrice procède à l'acquisition de services de conception, elle veillera à établir des obligations et buts contractuels qui visent une conception tenant compte de manière optimale de la durabilité du marché à concevoir. En outre, lors du choix de l'entreprise censée concevoir des prestations ultérieures, la consommatrice utilisera des critères de sélection (critères d'aptitude) garantissant la présence des facultés minimales nécessaires pour concevoir des prestations en harmonie avec les principes du développement durable¹⁰⁶ ainsi que des critères d'adjudication permettant de valoriser

¹⁰⁵ Cf. Message LMP, 1789; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2, LMP n. 5; MARTI (2022), p. 15; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 169, n. 418, n. 488 et n. 503 (cf. pour les citations *supra* n.b.p. 7 et n.b.p. 10).

¹⁰⁶ Par exemple, dans le domaine de la construction, si un adjudicateur veut (ou doit; *infra* n. 81) faire concevoir et construire un ouvrage conformément au Standard

des expériences particulièrement riches et une innovativité particulièrement grande des entreprises candidates.

46 Deuxièmement, dans la mesure où la consommatrice présume qu'il est possible d'augmenter davantage la conformité de sa conception des prestations à acquérir avec les principes du développement durable, mais ignore (le cas échéant: malgré son recours au conseil de spécialistes; cf. *supra* n. 45) comment y arriver concrètement, elle a intérêt à définir les spécifications desdites prestations non pas de manière fixe, mais comme un minimum impératif que les soumissionnaires doivent respecter et qu'ils sont en même temps invités à optimiser dans le cadre de leurs connaissances et de leur pouvoir d'innovation. La qualité des optimisations ainsi proposées devrait ensuite être évaluée sous des critères d'adjudication appropriés¹⁰⁷ (qu'à tout le moins les entités adjudicatrices publiques doivent anticiper afin de pouvoir les annoncer au début de la procédure d'adjudication, conformément au principe de la transparence; cf. art. 2, let. b et art. 35, let. p, LMP/AIMP 2019). En procédant de cette façon, et en ne terminant pas la conception avant la phase de recherche des offres satisfaisant son besoin, la consommatrice se met au bénéfice du savoir-faire et des idées novatrices en matière de développement durable des entreprises avec lesquelles elle entre en contact. Dans le même sens, l'adjudicateur devrait en principe admettre des variantes qui proposent une qualité supérieure en matière de durabilité du marché.

47 Savoir si une consommatrice sait elle-même concevoir ses prestations d'une manière durable, si elle se fait assister par une entreprise qui lui fournit des services de conception, et dans quelle mesure elle laisse les spécifications ouvertes pour que les soumissionnaires puissent améliorer la durabilité des prestations en cause, dépend de la consommatrice et de

de la construction durable en Suisse (SNBS), il peut établir un critère d'aptitude selon lequel il admettra uniquement des soumissionnaires disposant d'un minimum déterminé d'expériences pratiques avec la déclinaison du Standard (« Bâtiment », « Areal » ou « Infrastructure ») qui est concernée dans le cas concret.

¹⁰⁷ À défaut d'une valorisation de la qualité (durabilité) particulière des offres par les critères d'adjudication, les soumissionnaires renonceront en règle générale à proposer une telle qualité, car elle a normalement pour conséquence d'augmenter le prix de l'offre, ce qui diminue les chances d'obtenir l'adjudication, à moins que des critères d'adjudication honorant la qualité en question ne soient établis et pondérés de manière suffisamment importante.

la nature des prestations à acquérir. Dans le domaine de la construction, il est parfaitement normal que la consommatrice externalise (en partie) la conception et la confie à une entreprise spécialisée, tandis que cela est moins usuel dans d'autres secteurs. En outre, dans les marchés de masse, pour autant qu'il y ait lieu de s'attendre à ce que les entreprises soumissionnaires ne proposent pas une solution individuelle, mais l'un de leurs produits existants (p.ex., dans le cas de l'achat de voitures), la consommatrice qui veut se comporter de manière durable n'a pas intérêt à laisser une partie de la conception des prestations auxdites entreprises, mais devrait plutôt veiller à ce que la conception qu'elle choisit débouche sur des spécifications et des critères d'adjudication visant et favorisant les produits existants qui sont actuellement les meilleurs en termes de durabilité.

III. De l'étendue du devoir d'acheter de manière durable

Thèse n° 3 :

Le nouveau droit des marchés publics oblige à acheter conformément aux principes du développement durable sous tous ses trois aspects (économique, écologique et social). Cela étant, cette obligation ne concerne pas la conception des prestations intervenant avant l'ouverture de la procédure d'adjudication, respectivement, les spécifications (techniques et autres), mais se limite aux critères d'adjudication, aux conditions de participation et, le cas échéant, aux critères d'aptitude. Une obligation de spécifier les marchés publics de façon particulièrement durable peut cependant découler du droit de l'organisation applicable à l'adjudicateur ou d'une stratégie de durabilité des achats que celui-ci a adoptée, ainsi que de la législation de droit public spéciale. Une telle obligation ne peut être invoquée par les soumissionnaires.

La troisième thèse concerne l'étendue des obligations légales que les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter en matière de développement durable dans le contexte de leurs achats. Avant que ces questions ne soient traitées, il convient cependant de s'arrêter sur l'interprétation du but légal de la durabilité tel qu'il est prévu à l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019. 48

A. Le but légal de la durabilité

49 À la teneur de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019, la législation sur les marchés publics vise en particulier « une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables ». Au vu du fait que ce libellé contient deux fois le terme « économique », contrairement à l'article 2, lettre a, P-LMP, qui prévoyait un texte, sinon plus élégant, en tout cas plus simple (« une utilisation économiquement, écologiquement et socialement durable des deniers publics »; en allemand: « *den wirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel* »), il sied d'analyser comment comprendre l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 et la notion de durabilité que cette disposition reflète. Ensuite, les devoirs concrets des adjudicateurs publics en matière de durabilité seront présentés à la lumière de cette analyse (*infra* n. 58 ss).

1. L'étendue et le rang de l'aspect économique

50 Il est généralement reconnu que le développement durable repose sur la prise en compte simultanée des bases et des effets économiques, écologiques et sociaux de la décision, respectivement, du comportement en question.¹⁰⁸ Dans cette perspective, seule une vision holistique n'écartant aucun élément concret pertinent et n'octroyant aucune priorité préalable à l'aspect économique, écologique ou social est appropriée. En effet, la favorisation de certains éléments ou aspects exclurait un résultat équilibré et empêcherait ainsi que le développement durable soit promu de manière optimale. En fait, s'il arrive fréquemment qu'une mesure donnée soit bénéfique sous plusieurs aspects (p.ex., une machine consommant moins d'énergie est plus durable tant sous l'angle économique qu'écologique),¹⁰⁹ tel n'est pas toujours le cas. Ainsi, il s'agit souvent de trouver le meilleur compromis possible (l'optimum) entre plusieurs aspects qui renferment des objectifs antagonistes, du moins dans une cer-

¹⁰⁸ Message LMP, 1723 et 1788; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 13; DE ROSSA/DAVID (2020), n. 12; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 11, n. 144 s. et n. 151; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2, LMP n. 2; MARTI (2022), p. 13 s.

¹⁰⁹ Cf. ég. STEINER/KLINGLER (2023), p. 91: « *the new catalogue of procurement goals is based on the concept that efficiency and sustainability are not irreconcilable, but are complements, especially when overlapping in the <total cost of ownership> (TCO) approach* ».

taine mesure (p.ex., si une machine consomme moins d'électricité, l'économie, concrètement un fournisseur d'électricité, « perd » du chiffre d'affaires, conduisant potentiellement à une suppression d'emplois). En suivant cette logique, l'on constate que, dans la situation où une consommatrice acquiert des prestations, toutes les conséquences économiques, écologiques et sociales résultant de cette acquisition doivent être prises en compte, indépendamment de la question de savoir où elles ont lieu. En ce sens, sous l'aspect économique en particulier, il convient de prendre en considération les effets (à court et à long terme) de l'acquisition tant sur la situation économique de la consommatrice (économie de gestion) que sur l'état du secteur économique concerné et de l'économie en général (économie politique).

L'on peut dès lors constater que, dans le cas de l'acquisition de prestations, l'aspect économique du développement durable ne concerne ni uniquement l'économie politique, ni uniquement la situation économique de la consommatrice (économie de gestion) mais les deux en même temps. Dans cette perspective, la formulation de l'article 2, lettre a, P-LMP, qui se limitait à mentionner l'« utilisation économiquement, écologiquement et socialement durable » des fonds publics, tendait à motiver une interprétation recouvrant aussi bien l'économie politique que la situation économique de l'adjudicateur public. Or, l'Assemblée fédérale semble avoir compris l'article 2, lettre a, P-LMP en ce sens que « économiquement [...] durable » (en allemand: « *wirtschaftlich [...] nachhaltig* ») ne vise que la situation économique de l'adjudicateur et ne consacre ainsi que le principe d'économicité (au sens de l'économie de gestion) de l'achat public selon l'ancienne législation (cf. article 1, alinéa 1, lettre c, aLMP: « utilisation économique des fonds publics »).¹¹⁰ Dans cette vi-

¹¹⁰ Cf. BO/CN 2018 1004 (vote du Conseiller national LEO MÜLLER): « *Die CVP-Fraktion unterstützt den Mehrheitsbeschluss der Kommission, wonach in Artikel 2 Buchstabe a in den Zweck aufgenommen wird, dass die öffentlichen Mittel nicht nur wirtschaftlich, sondern auch volkswirtschaftlich sinnvoll und nachhaltig eingesetzt werden sollen. Es geht hier darum, dass man den Einsatz der Mittel nicht nur projektbezogen, sondern auch volkswirtschaftlich beurteilt* ». – La Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) avait proposé un nouveau libellé qui correspond à celui de l'art. 2, let. a, LMP entré en vigueur et qui contenait, dans sa version allemande, le nouvel élément « *volkswirtschaftlich [...] nachhaltig* » (cf. BO/CN 2018 1010), ce qui pourrait être traduit par « durable sous l'aspect de l'économie politique » (cf. le texte italien de l'art. 2, let. a, LMP: « *sostenibile sotto il profilo [...] dell'economia pubblica* »). Dans ce contexte, la

sion des choses, un rappel légal soulignant que les effets des achats publics sur l'économie politique doivent également être considérés paraissait nécessaire aux yeux des parlementaires.¹¹¹ C'est pour cette raison que le terme « *volkswirtschaftlich* » (« *economia pubblica* »), respectivement la deuxième mention du mot « économique », a été intégré à l'article 2, lettre a, LMP (et à l'art. 2, let. a, AIMP 2019).

- 52 Selon l'opinion défendue ici, le Parlement est parti d'une idée erronée, car l'interprétation de la formulation de l'article 2, lettre a, P-LMP à la lumière des principes du développement durable devait conduire de toute manière à ce que l'aspect « économique » du développement durable englobe tant l'économie de gestion que l'économie politique (cf. *supra* n. 50 s.) – la précision effectuée par le Parlement fédéral est ainsi superflue d'un point de vue purement juridique. Quoi qu'il en soit, l'histoire de la genèse de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 51) fournit des enseignements importants: en dépit du texte de ladite disposition qui, surtout dans ses versions allemande et italienne, semble vouloir mettre un accent particulier sur l'utilisation économique des fonds publics (dans le sens de l'économie de gestion) et lui attribuer la priorité sur les aspects écologiques, sociaux et économiques (dans le sens de l'économie politique),¹¹² l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 s'inscrit

formulation « *nicht nur wirtschaftlich, sondern auch volkswirtschaftlich* » (« non seulement sous l'aspect économique mais aussi sous celui de l'économie politique » [trad. par réd.]) du vote parlementaire précité témoigne du fait que le Parlement pensait que l'art. 2, let. a, P-LMP ne visait que la durabilité de la situation économique de l'adjudicateur public et entendait, par l'ajout de « *volkswirtschaftlich* », souligner que l'aspect économique du développement durable ne concerne pas uniquement l'économie de gestion de l'acheteur mais aussi les effets de l'achat sur l'économie politique.

111 Cf. BO/CN 2018 1004 (vote du Conseiller national LEO MÜLLER; cf. *supra* n.b.p. 110).

112 Lorsqu'on compare le libellé de l'art. 2, let. a, P-LMP (« une utilisation économiquement, écologiquement et socialement durable des deniers publics » ; « *den wirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel* » ; « *l'impiego sostenibile dei fondi pubblici sotto il profilo economico, ecologico e sociale* ») avec celui de l'art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019 décidé par l'Assemblée fédérale (« une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables » ; « *den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel* » ; « *un impiego dei fondi pubblici economico, nonché sostenibile sotto il profilo ecologico, sociale e dell'economia pubblica* »), il pourrait sembler que le fait que l'aspect de l'économie de gestion ait été extrait de la *trias* des aspects du développement durable et placé

dans une logique de considération holistique de tous les aspects, sans priorité préalablement établie (au bénéfice de l'économie de gestion ou d'autres aspects).¹¹³ En fait, il ne ressort aucunement des débats parlementaires que l'Assemblée fédérale entendait instaurer un ordre de priorité afin d'accorder une quelconque prépondérance à l'économie de gestion. Au contraire, elle voulait s'assurer que l'aspect économique du développement durable soit compris de manière large et non pas restreint à la perspective de l'économie de gestion (cf. *supra* n. 51). Dès lors, étant entendu que l'aspect économique du développement durable recouvre tant l'économie politique que l'économie de gestion, la signification réelle de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 est mieux exprimée par le libellé de l'article 2, lettre a, P-LMP : la législation sur les marchés publics a pour but « une utilisation économiquement, écologiquement et socialement durable des deniers publics ». ¹¹⁴ L'économie de gestion n'a

avant celle-ci reflète une priorisation de l'économicité au sens étroit (économie de gestion; cf. ég. TRÜEB [2020], art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 18, qui part de l'idée que la loi attribue un statut prioritaire à l'économie de gestion; cf. à ce propos *infra* n.b.p. 114). Or, comme le démontre l'analyse de la compréhension que le Parlement avait de l'art. 2, let. a, P-LMP (cf. *supra* n.b.p. 62), une telle impression serait fautive : en réalité, l'intention n'était pas de prioriser l'économie de gestion, mais d'assurer que l'économie politique soit également prise en compte.

¹¹³ Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 11, n. 145 et n. 151.

¹¹⁴ D'un autre avis MARTI (2022), p. 12 : cet auteur prend l'art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019 à la lettre et oppose donc, conformément au texte de la disposition, l'économicité (art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019 : « utilisation des deniers publics qui soit économique ») à la durabilité (art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019 : « utilisation des deniers publics [...] qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables »), comme s'il s'agissait d'antagonistes : « L'utilisation [des deniers publics] doit être <économique> d'une part et respecter les principes de durabilité d'autre part ». Or, puisque l'aspect économique du développement durable englobe tant l'économie de gestion que l'économie politique (cf. *supra* n. 50), selon l'opinion défendue ici, cette interprétation littérale ne reproduit pas le bon sens de l'art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019, qu'il sied de lire comme l'art. 2, let. a, P-LMP (« une utilisation économiquement, écologiquement et socialement durable des deniers publics »). – TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 18 s., semble également être d'un autre avis et préférer une interprétation (littérale) de l'art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019 selon laquelle l'aspect de l'économie de gestion doit avoir un poids plus important que les autres aspects du développement durable. Toutefois, ce faisant, cet auteur se dirige surtout contre une interprétation de « *volkswirtschaftlich* » dans le sens de l'économie nationale (au lieu de l'économie politique en général) et contre le fait d'utiliser des critères sans lien avec l'optimisation du marché public en tant que tel. Ainsi, dans le résultat, l'opinion défendue ici (selon celle-ci, l'art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019 doit être lu comme l'art. 2, let. a, P-LMP était libellé; le but décrit par

ainsi aucune priorité, quoi qu'il ressorte d'une lecture purement littérale de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 (surtout dans ses versions allemande et italienne, qui semblent vouloir sortir l'économie de gestion du jeu paritaire entre les différents aspects du développement durable).

2. *Économie politique – nationale ?*

- 53 Il reste à préciser que le terme « *Volkswirtschaft* » (resp., « *volkswirtschaftlich* »; cf. art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019 dans sa version allemande) se traduit en principe par « économie politique » (cf. art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019 dans sa version italienne: « *economia pubblica* ») mais est parfois compris dans le sens de l'« économie politique nationale »¹¹⁵

cette disposition ne concerne aucun intérêt étranger au marché public mais se limite à l'optimisation de celui-ci et de ses conséquences directes; et les termes « *volkswirtschaftlich* », « économique » et « *economia pubblica* » ne doivent pas être compris dans le sens d'économie nationale mais d'économie politique) et celle de l'auteur précité ne divergent pas fondamentalement. La seule différence semble résider dans la question de savoir si, dans l'optimisation du marché et de ses conséquences, l'aspect d'économie de gestion (qui se recouvre par ailleurs assez souvent avec l'aspect écologique; cf. en particulier *supra* n. 12 et n. 50) doit avoir une position privilégiée par rapport aux aspects d'économie politique (non pas: nationale), écologique et social. Selon l'opinion défendue ici, il n'y a pas lieu d'accorder un tel privilège à l'économie de gestion (il ne serait en outre pas clair comment un statut privilégié de cet aspect se concrétiserait, étant donné qu'il ne concerne pas seulement le coût des prestations à acquérir, mais aussi la qualité de celles-ci). Bien plutôt, l'art. 2 let. a, LMP/AIMP 2019 commande d'interpréter et d'appliquer les dispositions de la loi en pondérant tous les aspects de la durabilité du marché public. En fin de compte, il s'agit de trouver, dans chaque cas d'espèce, la balance optimale entre les différents aspects, respectivement, entre les mesures que ces aspects exigent. Du reste, TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 19 s., part de l'idée qu'il sied d'éviter les effets écologiques et sociaux négatifs des marchés publics dans la mesure où l'économie de marché n'arrive pas à les éliminer. Ainsi, le privilège qu'il semble donner à l'aspect d'économie de gestion doit à tout le moins être compris dans un sens considérablement large.

¹¹⁵ Dans ce sens BO/CN 2018 1003 (vote de la Conseillère nationale SYLVIA FLÜCKIGER-BÄNI): « *Es kann nicht sein, dass wir öffentliche Aufträge an Firmen im Ausland vergeben, die wiederum staatlich subventioniert werden. Darum ist das Einfügen des Passus des volkswirtschaftlichen Aspekts in Artikel 2 Buchstabe a für die Revision relevant. WTO-Regeln sind nur dann fair, wenn man die volkswirtschaftlichen Bedingungen eines Landes mitberücksichtigt, z.B. den Arbeitsmarkt, die Beschäftigung von Inländern, die unterschiedlichen Preisniveaus oder die Eigenarten eines Bildungssystems, bei uns zum Beispiel unser erfolgreiches duales Bildungssystem* ».

(suisse, en l'occurrence),¹¹⁶ le terme « *Volk* » signifiant « peuple ». Cela étant, à tout le moins dans le champ d'application du droit international des marchés publics (cf. en outre *infra* n. 54), une telle lecture de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 serait discriminatoire et donc ne saurait être suivie (cf. en particulier art. IV:1–2, AMP 2012 et art. 6, al. 1 et al. 2, de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics du 21 juin 1999¹¹⁷).¹¹⁸

Dans ce contexte, il sied de noter que l'Assemblée fédérale a réservé le droit international à l'article 29, alinéa 1, LMP (« En tenant compte des engagements internationaux de la Suisse »).¹¹⁹ Cette réserve sert avant tout de garde-fou au critère d'adjudication concernant « les différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie »,¹²⁰ qui a manifestement pour but de favoriser l'économie nationale – à

¹¹⁶ Cf. ég. TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 13; DE ROSSA/DAVID (2020), n. 12; Message type AIMP 2019, p. 25: « influence positive sur le pôle industriel suisse ». Il sied de préciser que le Message type AIMP 2019 ne saurait être considéré comme une source fiable en ce qui concerne l'interprétation de la LMP ou des débats de l'Assemblée fédérale. Il explique la manière dont les cantons ont compris lesdits débats et comment ils entendaient interpréter l'art. 2, let. a, AIMP 2019, amendé à la suite de la modification (par le Parlement fédéral) de l'art. 2, let. a, LMP.

¹¹⁷ AccBil – RS 0.172.052.68.

¹¹⁸ TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 13; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 153.

¹¹⁹ Cf. BO/CN 2019 1012; BO/CE 2019 520.

¹²⁰ Cf. en particulier BO/CN 2019 1210 (vote du Conseiller national OLIVIER FELLER): « Donc les critères mentionnés à l'article 29 alinéa 1 devraient être pris en considération par l'adjudicateur, mais uniquement s'ils sont conformes aux engagements internationaux de la Suisse. Pourquoi avons-nous introduit ce bout de phrase? Eh bien, c'est pour éviter que le critère de la différence par rapport aux prix pratiqués dans les pays où la prestation est délivrée, auquel le Conseil des États tenait, conduite à des violations du droit international et d'accords de l'Organisation mondiale du commerce. C'est ce but qui a été poursuivi »; *ibidem* (vote du Conseiller national CORRADO PARDINI): « *Neu heisst es: <Die Auftraggeberin prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Sie berücksichtigt, unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz...>. Darauf folgen alle Kriterien. Also haben wir uns eigentlich auf eine Selbstverständlichkeit geeinigt, namentlich darauf, dass wir bei der Beurteilung der Kriterien internationale Verpflichtungen mitberücksichtigen müssen [...]. Dieser Einschub, wie ich ihn zitiert habe, gilt unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz für alle möglichen Zuschlagskriterien gemäss Absatz 1 und ist, wie gesagt, eigentlich eine Selbstverständlichkeit, die wir im Gesetz nochmals reproduzieren* ».

savoir les entreprises produisant en Suisse¹²¹ – et est dès lors contraire à l'interdiction de discrimination consacrée par le droit international¹²² (cf. en particulier art. IV, al. 1 et al. 2, AMP 2012 et art. 4, AccBil; cf. par rapport à ce critère en outre *infra* n. 109). La majorité du Parlement était également de cet avis.¹²³ En outre, même indépendamment du

121 Cf. STEINER/KLINGLER (2023), p. 90 (cf. pour la citation *infra* n.b.p. 311); SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 521; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 21.

122 Cf. TRÜEB/ZOBL (2020), n. 59 s. et n. 81; STEINER/KLINGLER (2023), p. 90; SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 521; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 21; cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 7; ZUFFEREY (2020), p. 6.

123 Cf. BO/CN 2018 1001 (vote du Conseiller national BEAT JANS): «*Das ist nach unserer Kenntnis nicht umsetzbar, weil das die WTO nicht zulassen wird. Es gefährdet im Kern dieses Abkommen, wenn wir das machen*»; BO/CN 2018 1046 (vote du Conseiller national OLIVIER FELLER): «*Le recours à des critères sans lien avec les prestations pouvant faire l'objet des marchés, comme les différences entre les niveaux de prix des pays, violerait non seulement les dispositions de l'accord de l'OMC [= AMP 2012] mais aussi l'accord bilatéral conclu avec l'Union européenne sur certains aspects concernant les marchés publics et les accords de libre-échange conclus avec des États tiers*»; BO/CN 2018 1047 (vote du Conseiller national CORRADO PARDINI): «*Dann haben wir bei Artikel 29 Absatz 1^{bis} eine Minderheit Flückiger Sylvia, die verlangt, dass der Preis unter Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird, beurteilt wird. Die Kommission hat den Antrag Flückiger Sylvia mit 15 zu 7 Stimmen ohne Enthaltungen abgelehnt, und dies aus drei Überlegungen. Erstens hält die Mehrheit fest, dass dieser Antrag, der nur rudimentär vorliegt, auf jeden Fall auch in seinen heutigen Eckwerten diametral jeglicher WTO-Richtlinie und jeglichen WTO-Grundsätzen widerspricht*»; BO/CN 2019 141 (vote du Président de la Confédération UELI MAURER): «*Ich bitte Sie, hier der Mehrheit und damit dem Entwurf des Bundesrates zuzustimmen. Gegen den Antrag der Minderheit und den Beschluss des Ständerates spricht, dass Sie damit offensichtlich gegen andere internationale Verpflichtungen verstossen würden*»; BO/CN 2019 148 f. (vote du Conseiller national LEO MÜLLER): «*Wenn wir jetzt bei uns eine Regelung ins Gesetz einfügen, die besagt, dass gewisse Massnahmen in der Schweiz getroffen werden dürfen, sind das – und das wissen wir alle – Grenzschutzmassnahmen, Importschutzmassnahmen, die klar und krass gegen WTO-Recht verstossen. Gut, wir können jetzt sagen, dass wir das trotzdem machen. Dann wissen wir, dass Klagen sicher sind*»; BO/CN 2019 151 (vote du Président de la Confédération UELI MAURER): «*Der Antrag der Minderheit Flückiger Sylvia ist einfach nicht kompatibel mit den WTO-Regeln*»; BO/CN 2019 151 (vote de la Conseillère nationale SYLVIA FLÜCKIGER-BÄNI): «*Professor Stalder hat ja dieses Gutachten gemacht und gesagt, man müsse ein Präjudiz schaffen. Wieso haben wir nicht den Mut, dieses Präjudiz zu schaffen und diese WTO einmal zu knacken?*»; BO/CN 2019 152 (vote du Conseiller national OLIVIER FELLER): «*Pour la majorité de la commission, la proposition de la minorité Flückiger Sylvia va beaucoup trop loin et elle violerait très*

droit international, il est tout sauf certain que le critère d'adjudication précité soit conforme à la Constitution,¹²⁴ notamment, sous l'aspect de

probablement les règles de l'Organisation mondiale du commerce » ; BO/CN 2019 1005 (vote de la Conseillère nationale REGULA RYTZ): « *es geht um die Frage, ob internationale Kaufkraftunterschiede neu als Zuschlagskriterium verwendet werden können. Das ist tausend Prozent WTO-widrig* » ; BO/CE 2018 981 (vote du Conseiller fédéral UELI MAURER): « *Ich muss Sie aber doch darauf aufmerksam machen, dass Sie, wenn Sie der Mehrheit Ihrer Kommission folgen, einen krassen Verstoss gegen die WTO-Vorschriften in Kauf nehmen. Das müssen Sie einfach wissen* » ; BO/CE 2019 310 (vote du Président de la Confédération UELI MAURER): « *Die Differenz, die besteht, ist, ob hier auch Geldwertes abgewogen wird, indem man das auf- und umrechnet in Bezug auf ein günstigeres Kostenumfeld im Ausland. Das widerspricht internationalen Verpflichtungen* » ; BO/CE 2019 313 (vote du Conseiller aux États ANDREA CARONI): « *Das Völkerrechtsproblem ist Ihnen bekannt. Die Kantone wollen diese Lösung ja nicht, weil sie sie schon völkerrechtlich gar nicht umsetzen dürfen [...]. Ich nehme jetzt an [...], das Ganze könnte noch irgendwie völkerrechtskonform verstanden werden. Irgendwann muss sich ein Gericht die Frage stellen: Da sind die bilateralen Abkommen, da ist dieses Gesetz. Ist das jetzt der erste Anwendungsfall der Schubert-Praxis in der Geschichte dieses Landes, bei dem das Parlament wirklich sehenden Auges gesagt hat, dass es den Vertrag verletze? Ich würde mich jetzt gemäss dem Votum des Kommissionsprechers eher dagegen aussprechen und sagen, das sei ein Versuch, im Rahmen des Rechts zu bleiben. Dann wird man es wohl kaum anwenden können. Wenn wir aber das Recht wirklich brechen, dann sind wir – ich dramatisiere etwas – in einem Beschaffungskrieg* » ; BO/CE 2019 316 (vote du Président de la Confédération UELI MAURER): « *Die Mehrheit Ihrer Kommission möchte ja, dass dieses Preiskriterium zwingend generell zur Geltung kommt. Diesen Antrag kann ich Ihnen einfach nicht empfehlen, weil Sie damit ganz offensichtlich gegen internationales Recht verstossen. Sie haben die WTO-Bestimmungen genehmigt. Mit dieser Formulierung verstossen Sie gegen dieses Recht.* » – Un avis contraire a été exprimé par le Conseiller aux États STEFAN ENGLER (BO/CE 2019 314): « *Zum Argument, das dann immer wieder ins Feld geführt wird, wir würden damit gegen übergeordnetes Recht, wie gegen die WTO-Regeln usw., verstossen: Ich sehe das nicht so, im Gegenteil. Wir garantieren eine Nichtdiskriminierung schweizerischer Unternehmen dadurch, dass wir berücksichtigen, dass die Produktionsverhältnisse in Indien oder Indonesien so unterschiedlich zu denjenigen in der Schweiz sind. Es geht sogar darum, die Nichtdiskriminierung zu schützen. Es gibt auch keinen Fall, bei dem die Frage, ob das Kriterium der Kaufkraft oder des Preisunterschiedes berücksichtigt werden darf oder nicht, jemals beurteilt wurde. Ich hätte den Mut, die unterschiedliche Kaufkraft als Kriterium zu berücksichtigen, zum Schutz von Arbeitsplätzen in der Schweiz.* »

¹²⁴ Dans tous les cas, il semble exclu que le critère d'adjudication concernant les différents niveaux de prix puisse trouver une base à l'art. 101, al. 2, Cst. En effet, les « mesures » qui sont prises, au sens de la disposition précitée, dans des « cas particuliers [...] afin de protéger l'économie suisse » doivent être de nature provisoire: ZIEGLER (2021), art. 101, Cst. n. 15.

l'égalité de traitement entre concurrents (neutralité concurrentielle¹²⁵).¹²⁶ En soi, le lieu de production d'une prestation ne peut constituer un critère de distinction pertinent, respectivement, une justification d'un traitement inégal, que dans le cas où il est établi que l'acquisition d'une prestation produite à l'étranger a des effets néfastes (à moyen et à long terme) pour l'économie nationale de la Suisse. Même s'il n'est pas d'emblée exclu que cela soit vrai parfois à certains endroits et dans certaines branches, la preuve ne sera pas facile à fournir, notamment car dans une vision globale qui va au-delà des problèmes concrets, le bien-être de l'économie nationale dépendra dans une certaine mesure toujours du bien-être des autres économies nationales, et notamment de celles des pays voisins. Du reste, concernant les adjudicateurs couverts par l'AccBil, à savoir, notamment, les communes (art. 2, AccBil) et les opérateurs ferroviaires (art. 3, par. 2, let. d, AccBil), l'article 6, paragraphe 3 de cet Accord statue que les Parties contractantes, dont la Suisse, « s'engagent à encourager leurs entités couvertes à traiter les fournisseurs et les prestataires de services de l'autre partie conformément aux dispositions du par. 1 » même lorsqu'il s'agit d'un marché dont la valeur n'atteint pas les valeurs-seuils de l'article 3, paragraphe 4, AccBil.¹²⁷ Le paragraphe 1 de l'article 6, AccBil contient en particulier le principe de non-discrimination en raison de la provenance. En vertu de l'article 6, paragraphe 3, AccBil, la Suisse est donc obligée à encourager ses adjudicateurs (potentiellement) assujettis à l'AccBil à ne pas appliquer le critère d'adjudication des différents niveaux de prix, même dans un cas non couvert par le droit international, à tout le moins vis-à-vis des soumissionnaires provenant de l'UE.¹²⁸

¹²⁵ Cf. à ce sujet notamment MARTENET (2021a), art. 27, Cst. n. 73 ss (spéc. n. 78); MARTENET (2021b), art. 94, Cst. n. 25 ss.

¹²⁶ Cf. ég. SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 521 s.

¹²⁷ Cf. TRÜEB/ZOBL (2020), n. 65 ss. Ces auteurs notent à juste titre qu'en dépit du renvoi aux valeurs-seuils de l'art. 3, par. 4, AccBil, le principe de l'art. 6, par. 3, AccBil ne vaut pas seulement pour les adjudicateurs des secteurs selon l'art. 3, par. 2, AccBil, mais aussi pour les adjudicateurs du niveau communal selon les art. 1 s., AccBil.

¹²⁸ TRÜEB/ZOBL (2020), n. 67. – Cf. en outre l'art. 7, Annexe R de la Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Échange (AELE) du 4 janvier 1960 (RS 0.632.31), qui prévoit, pour les soumissionnaires provenant des États-membres de l'AELE, une règle de non-discrimination comparable à celle de l'art. 6, par. 3, AccBil.

L'article 29, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 54) témoigne du fait que le Parlement n'entendait pas concevoir une loi contraire au droit international. Il convient donc de ne pas interpréter l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 en ce sens que le but de la législation résiderait dans la protection de l'économie *nationale*.¹²⁹ Si certains votes parlementaires concernant cette disposition sont allés dans le sens de la protection de l'économie nationale,¹³⁰ il n'en demeure pas moins que le statut juridique douteux du critère d'adjudication concernant « les différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie » (article 29, alinéa 1, LMP; cf. *supra* n. 54) démontre qu'une telle lecture de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 serait contraire au droit supérieur, à tout le moins lorsque le droit international des marchés publics s'applique (cf. *supra* n. 53),¹³¹ mais probablement aussi dans les autres cas (cf. *supra* n. 54). En outre, ni le texte français de la disposition (« économiques »), ni l'italien (« *economia pubblica* ») ne comportent d'éléments donnant à croire que l'aspect de l'économie politique soit réduit à l'économie politique *nationale*. À l'inverse, l'article 29, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 mentionne de manière explicite le critère de l'économie nationale, en parlant des « pays où la prestation est fournie » (« *Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird* » ; « *stati in cui la prestazione è fornita* » ; cf. à propos de ce critère *supra* n. 54 et *infra* n. 109). Dans cette perspective systématique, il s'avère également qu'il n'y a pas lieu d'interpréter l'ar-

¹²⁹ Dans le même sens STEINER/KLINGLER (2023), p. 91. Cf. ég. DE ROSSA GISMUNDO (2019), p. 169 (réticence par rapport à la conformité à l'art. 94, Cst.); DE ROSSA/DAVID (2020), n. 12; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 153.

¹³⁰ Cf. BO/CN 2018 1003 (vote de la Conseillère nationale SYLVIA FLÜCKIGER-BÄNI): « Die Betonung von *fair* [...] will daran erinnern, dass die Ausgangsbestimmungen in den verschiedenen Ländern berücksichtigt werden müssen; dazu etwa Artikel 2 Buchstabe d. Dies ist wichtig für unsere kleine Volkswirtschaft. Es kann nicht sein, dass wir öffentliche Aufträge an Firmen im Ausland vergeben, die wiederum staatlich subventioniert werden. Darum ist das Einfügen des Passus des volkswirtschaftlichen Aspekts in Artikel 2 Buchstabe a für die Revision relevant. WTO-Regeln sind nur dann fair, wenn man die volkswirtschaftlichen Bedingungen eines Landes mitberücksichtigt, z.B. den Arbeitsmarkt, die Beschäftigung von Inländern, die unterschiedlichen Preisniveaus oder die Eigenarten eines Bildungssystems, bei uns zum Beispiel unser erfolgreiches duales Bildungssystem. » – Cf. ég. TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 18.

¹³¹ Cf. ég. TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 13; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 153.

ticle 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 dans un sens qui se limite à ou se concentre sur l'économie nationale.

3. Conclusion

- 56 Il découle de ce qui précède que le but légal de la durabilité (art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019) consacre une approche holistique des conséquences que l'achat public engendre sur les plans économique, écologique et social et ce, tant auprès de l'adjudicateur qu'ailleurs.¹³² En particulier, l'aspect économique concerne tant l'économie de gestion (économicité de l'achat au sens strict, resp., prix et qualité de la prestation) que l'économie politique (cf. *supra* n. 50 ss), qui pour sa part n'est pas limitée à l'économie nationale de la Suisse (cf. *supra* n. 53 ss). En somme, le texte de l'article 2, lettre a, P-LMP traduit mieux le sens de l'article 2, lettre a, LMP en vigueur que celui-ci (cf. *supra* n. 52).
- 57 C'est dans cette compréhension que, aux côtés des autres objectifs ancrés à l'article 2, LMP/AIMP 2019, le but de la durabilité des marchés publics se met au service de l'interprétation et de l'application des autres dispositions de cette loi.¹³³

B. Du but aux obligations légales

- 58 Il a été constaté plus haut que, bien qu'il pose certaines limites, le droit des marchés publics permet à l'adjudicateur de prendre en compte les aspects économiques, écologiques et sociaux du développement durable lors de la conception et de la spécification des prestations à acquérir (cf. *supra* n. 19 ss). La question qui se posait alors était celle des *libertés* (pouvoir d'appréciation) dont jouit l'adjudicateur public en termes de durabilité sous le règne du droit des marchés publics (et des autres normes légales applicables). En revanche, les paragraphes suivants visent à examiner les *devoirs* légaux découlant du droit des marchés publics

¹³² STEINER/KLINGLER (2023), p. 90: « *The concept aims to achieve an optimal relationship between economic and non-economic aspects when awarding a contract.* »

¹³³ L'un des buts premiers de l'art. 2, LMP/AIMP 2019 est d'orienter l'interprétation de la loi: Message LMP, 1728; FETZ/STEINER (2020), n. 39; TR UB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 11; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 145; MARTI (2022), p. 11.

que l'adjudicateur doit respecter quant à la durabilité de son achat avant et pendant la procédure d'adjudication.¹³⁴

1. Les critères d'adjudication

Au sens de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 49 ss), l'un des buts principaux de la législation sur les marchés publics est de favoriser un investissement économiquement, écologiquement et socialement durable des moyens publics. Ce but se concrétise en premier lieu dans le cadre de l'application de la règle selon laquelle l'adjudicateur est obligé de choisir l'offre la plus avantageuse (article 41, LMP/AIMP 2019; sous réserve d'une interruption selon l'art. 43).¹³⁵ Abstraitement, l'offre la plus avantageuse est celle qui répond le mieux aux critères d'adjudication établis dans le cas d'espèce par l'adjudicateur conformément à l'article 29, LMP/AIMP 2019.¹³⁶ C'est donc seulement dans un cas d'espèce et sur la base des critères applicables concrètement qu'il est possible de déterminer l'offre la plus avantageuse au sens de la loi.

Cela dit, dans chaque cas d'espèce, l'adjudicateur est tenu de choisir des critères d'adjudication et des pondérations respectives qui sont idoines à décerner l'offre qui, parmi toutes les offres soumises, propose l'investissement le plus durable sous les angles économique, écologique et social.¹³⁷

¹³⁴ Cf. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 486 (« *nur wenige verbindliche Vorschriften zugunsten der Nachhaltigkeit* ») et n. 488 (« *nur wenige direkt anwendbare Pflichten in Bezug auf die nachhaltige Beschaffung* ») : selon ces auteurs, les devoirs des adjudicateurs en matière d'optimisation de la durabilité des marchés publics, découlant du droit des marchés publics, sont relativement peu nombreuses, ce qui ne change rien aux possibilités facultatives (resp. régies par d'autres législations) dont disposent les adjudicateurs.

¹³⁵ MARTI (2022), p. 47. Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2, LMP n. 1. – Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 145 (*in fine*) et n. 168 : « *Mit dem neu formulierten Zweckartikel fordert das BöB die Auftraggeberinnen auf, bei einer Beschaffung nicht nur den Nutzen und die Kosten für ihre eigenen Aufgabenbereich zu beachten, sondern auch soziale und ökologische Auswirkungen, die in einem grösseren Kontext anfallen, wie etwa Auswirkungen auf das Klima, die Artenvielfalt oder den Verbrauch endlicher Ressourcen.* »

¹³⁶ MÜLLER (2020), art. 41, LMP/AIMP 2019 n. 16; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 41, LMP n. 5.

¹³⁷ Cf. ég. MARTI (2022), p. 47 : « L'adjudicateur doit choisir des critères judicieux dans la perspective de la prestation faisant l'objet du marché à adjuger et s'assurer que les objectifs de la procédure d'adjudication (art. 2 let. a) peuvent être atteints » ; arrêt du TA AG WBE.2023.66, 10 août 2023, c. II./3.2.1.

En effet, si un but de la loi est que l'investissement public soit durable (dans tous ces aspects), l'offre la plus avantageuse (art. 41, LMP/AIMP 2019) est celle qui propose le marché le plus durable. Partant, les critères servant à choisir l'offre à retenir, à savoir les critères d'adjudication, doivent conduire au choix de l'offre la plus durable dans le cas d'espèce (et ce, tout en tenant compte des autres buts de la loi, en particulier l'égalité de traitement ; cf. art. 2, let. b-d, LMP/AIMP 2019).¹³⁸ Un ordre de critères et pondérations qui amènerait l'adjudicateur à choisir une autre offre contreviendrait au but légal de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019.

- 61 L'on peut dès lors retenir que les critères d'adjudication et les pondérations choisies par l'adjudicateur dans un cas d'espèce doivent refléter le but de la durabilité économique, écologique et sociale de la commande publique,¹³⁹ ce qui découle de l'obligation de choisir l'offre la plus avantageuse (art. 41, LMP/AIMP 2019 ; cf. *supra* n. 59 s.), interprétée à la lumière de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019. Dans cette perspective, il n'est pas concevable d'adopter, dans un cas concret, un critère d'adjudication qui concerne des points dont la durabilité du marché public en question (y compris le processus de production) ne dépend aucunement, à savoir : un critère non lié au marché concret.¹⁴⁰ Un tel critère ne sert pas le but de l'utilisation durable des deniers publics (art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019) mais d'autres politiques, et il est d'ailleurs expressément prohibé par l'art. 29, al. 1, 1^{ère} phrase, LMP (« critères d'adjudication en lien avec les prestations »). Par ailleurs, il entrave la poursuite du but de durabilité de la commande publique, parce qu'il peut conduire au choix d'une offre sous-optimale dans cet aspect-ci.¹⁴¹ Un critère ne reflétant pas la durabilité d'un marché public n'est donc admissible qu'à la condition qu'une disposition spéciale, en l'occurrence l'article 29, alinéa 2, LMP/

138 Cf. ég. MARTI (2022), p. 48 : « La prise en compte impérative des critères de qualité a pour but de satisfaire les objectifs des marchés publics conformément à l'art. 2 let. a [LMP/AIMP 2019], qui engage les adjudicateurs à « utiliser les deniers publics » de manière non seulement « économique », mais aussi de manière à avoir « des effets économiques, écologiques et sociaux durables ». »

139 MARTI (2022), p. 47 (citation à la n.b.p 138).

140 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 198 ss.

141 Cf. ég. COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 263 : le fait de « vouloir mettre les achats publics essentiellement au service des objectifs de politique économique [...] relègue au second plan le critère de la rentabilité ».

AIMP 2019,¹⁴² le prévoit en complétant ponctuellement (pour certains cas spécifiques) les buts de l'article 2, LMP/AIMP 2019 par d'autres buts.¹⁴³ À défaut d'une permission spéciale, selon l'article 29, alinéa 1, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019, tous les critères d'adjudication doivent être liés à la prestation (production et/ou produit fini¹⁴⁴).¹⁴⁵ Au vu des

142 À juste titre, HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 318, notent que dans les domaines énumérés à l'art. 29, al. 2, LMP/AIMP 2019 (places de formation professionnelle initiale, places de travail pour les travailleurs âgés et réinsertion pour les chômeurs de longue durée), il sied de distinguer les critères se limitant à l'exécution du marché en cause (p.ex., l'adjudicateur attribue des points pour un soumissionnaire qui prévoit d'employer des chômeurs de longue durée pour accomplir les tâches faisant l'objet du marché) et ceux visant la politique générale de l'entreprise soumissionnaire (p.ex., l'adjudicateur attribue plus de points au soumissionnaire qui occupe dans son entreprise des personnes d'un certain âge). Seuls les seconds font l'objet de l'art. 29, al. 2, LMP/AIMP 2019 et ont besoin d'une base légale spéciale en raison du défaut de lien suffisant avec la durabilité du marché (production et produit).

143 Cf. ég. TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 17 avec n.b.p. 22; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 318. – Cf. à l'égard de l'ancien droit (*mutatis mutandis*) ATF 140 I 285, c. 6 et c. 7.

144 Cf. Message LMP, 1730: « Les critères environnementaux et sociaux appliqués doivent toujours avoir un lien objectif avec l'objet du marché. Ils se rapportent au produit ou aux effets qu'on attend de son utilisation. Il est également possible d'exiger un certain mode de production, à condition que celui-ci ait un lien avec l'objet du marché. Le mode de production ne doit pas nécessairement être reconnaissable dans le produit final, mais il doit avoir un effet au moins sur la valeur et le caractère spécifique du produit » et 1788: « Les critères écologiques peuvent concerner non seulement l'objet du marché en soi, mais également sa fabrication, son utilisation et son élimination »; cf. ég. TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 17; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 8; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 311. – L'art. 67, al. 3, de la Directive 2014/24 (n.b.p. 368) clarifie de quelle manière il y a lieu de comprendre le lien entre un critère d'adjudication et le marché concret, et précise que les aspects du processus de production n'ayant aucun impact sur les caractéristiques physiques du produit final peuvent être pris en compte: « Les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans: a) le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services; ou b) un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel ». Selon l'opinion défendue ici, l'art. 29, al. 1, LMP/AIMP 2019 doit être interprété à la lumière des précisions apportées par l'art. 67, al. 3, de la Directive 2014/24.

145 Cf. Message LMP, 1730, 1788 (cf. pour la citation *supra* n.b.p. 144); TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 17 avec n.b.p. 22; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 19 et n. 25; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2, LMP n. 6 et

constats précédents (cf. *supra* n. 60), cela signifie que l'ensemble des critères d'adjudication doivent se référer à la durabilité économique, écologique et sociale du marché public concrètement en cause. Effectivement, les critères énumérés de manière exemplative¹⁴⁶ à la deuxième phrase de l'article 29, alinéa 1, LMP/AIMP 2019, concernent tous¹⁴⁷ un aspect (ou plusieurs aspects) de la durabilité du marché public en question (si bien qu'il est quelque peu étrange que la disposition mentionnée contienne un critère appelé « développement durable » ; en réalité, il s'agit ici d'un critère abstrait résumant tous les autres critères énumérés et rappelant le but de l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 ; ce critère doit nécessairement être concrétisé dans chaque cas d'espèce et entre en conflit avec le principe de transparence, ancré à l'article 2, lettre b, LMP/AIMP 2019, s'il est intégré tel quel dans un appel d'offres).

- 62 En outre, le fait que, notamment dans certains marchés très étroits, il soit admissible qu'en concevant ses achats et ses procédures d'adjudication, un adjudicateur public prenne des mesures particulières afin de préserver un minimum de concurrence lors de futurs appels d'offres – même si cela l'empêche potentiellement de choisir la meilleure offre à court terme¹⁴⁸ – ne change rien à ce qui vient d'être dit sur le lien entre les critères d'adjudication et le marché public (cf. *supra* n. 60 s.). Il est

art. 29, LMP n. 8 ; SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 536 ; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 311 et n. 318.

¹⁴⁶ Message LMP, 1788 ; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 6 ; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 19.

¹⁴⁷ Le critère du niveau du prix (art. 29, al. 1, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 : « les différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie ») ne fait pas exception. Indépendamment du fait que ce critère contrevienne au droit international et ne doive pas être retenu lorsque ce droit s'applique (cf. *supra* n. 54), et en dépit du fait que l'on puisse contester sa constitutionnalité (égalité de traitement entre concurrents), notamment dans le domaine non assujéti au droit international (cf. *supra* n. 54), le but dudit critère est de protéger l'économie nationale suisse de la concurrence internationale. Il traduit dès lors une certaine idée de développement durable de l'économie nationale (ce constat est indépendant de l'opinion que l'on peut avoir concernant la question de savoir si, à moyen et à long terme, l'économie nationale suisse profite mieux si elle est protégée ou si elle est exposée à la concurrence internationale). Cf. à cet égard *infra* n.b.p. 312 : les votes qui y sont cités démontrent que c'est (entre autres) par la protection de l'économie nationale suisse que le Parlement fédéral entend assurer la durabilité de l'économie politique (cf. ég. n. 118 ; STEINER/KLINGLER [2023], p. 90).

¹⁴⁸ Cf. ATAF 2018 IV/6, c. 3-4 ; STEINER (2020), p. 10 ; STEINER/KLINGLER (2023), p. 91.

vrai que de telles mesures découlent d'un élargissement de la perspective: l'on ne se soucie pas seulement du marché à adjuger immédiatement, mais aussi des besoins futurs et des marchés à adjuger pour satisfaire ces besoins.¹⁴⁹ Or, cet élargissement ne concerne pas la poursuite d'autres politiques que celles visées par l'article 2, LMP/AIMP 2019, mais s'inscrit parfaitement dans le cadre du but de l'article 2, lettre a. En effet, le but de préserver la concurrence future concerne la durabilité économique des marchés publics en général et, dans ce cadre, les conséquences qu'aura le marché public actuel sur le développement de l'économie politique et sur les conditions des marchés futurs. Les mesures en question présentent donc un lien suffisamment étroit avec le marché au sens de l'article 29, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 (par analogie).

S'il ressort, *e maiore minus*, de l'article 30, alinéa 4, LMP/AIMP 2019 63 (cf. *supra* n. 20 et n. 27 ss) que l'article 29, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 (« développement durable ») doit être interprété en ce sens que des effets écologiques du processus de production de la prestation n'ayant aucune incidence sur le produit final (cf. *supra* n. 21) peuvent licitement être pris en compte dans le cadre d'un critère d'adjudication formulé en ce sens,¹⁵⁰ il reste à observer si la pratique judiciaire permet ou non à un adjudicateur d'établir un critère d'adjudication prenant en compte des effets sociaux du processus de production qui n'ont pas d'incidence sur le produit final.¹⁵¹ Cette question se posera surtout lorsqu'un tel critère est

¹⁴⁹ Cf. ATAF 2018 IV/6, c. 3.5; STEINER (2020), p. 10; STEINER/KLINGLER (2023), p. 91. – Cf. ég. *infra* n.b.p. 284.

¹⁵⁰ Cf. ég. Message LMP, 1730: il est « possible d'exiger un certain mode de production, à condition que celui-ci ait un lien avec l'objet du marché. Le mode de production ne doit pas nécessairement être reconnaissable dans le produit final, mais il doit avoir un effet au moins sur la valeur et le caractère spécifique du produit », 1788: « Les critères écologiques peuvent concerner non seulement l'objet du marché en soi, mais également sa fabrication, son utilisation et son élimination »; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 8; MARTI (2022), p. 58 s.

¹⁵¹ Cf. pour des exemples DE ROSSA/DAVID (2020), n. 27: « respect de standards plus élevés de protection de la santé et de la sécurité au travail tout au long de la chaîne d'approvisionnement; [...] mesures de promotion de la conciliation travail-famille et de la participation des femmes dans les organes dirigeants; 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 ». Selon l'opinion défendue ici, un lien suffisant entre de telles exigences et le marché en question (art. 29, al. 1, LMP/AIMP 2019) n'existe que dans la mesure où le problème social visé est d'importance considérable (à l'instar de certaines questions de sécurité

plus ambitieux que les « standards de travail internationaux importants » consacrés à l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 (cf. pour cette disposition *supra* n. 36 ss).¹⁵² En fait, il semble certain que l'adjudicateur a le droit d'établir un critère d'adjudication visant à honorer le respect d'« autres standards de travail internationaux importants » au sens de la disposition précitée. Partant, ce sont en particulier les standards du commerce équitable (cf. *supra* n. 40) qui peuvent servir de critères d'adjudication.¹⁵³ Si l'adjudicateur renonce à exiger le respect de

de travail et de salaires de subsistance dans certains pays; cf. *supra* n. 36 et n. 38). Du reste, afin de rester cohérent, un adjudicateur qui établirait de telles exigences devrait veiller à ce que celles-ci ne dépassent pas les conditions dont bénéficie son propre personnel. Les auteures précitées, loc. cit., semblent également douter de la conformité à la loi des exemples proposés: « 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, risque d'entraver l'implémentation effective de ces préoccupations ». Cf. ég. op. cit., n. 30: « 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 ». Selon l'opinion défendue ici, cette critique relève de la politique juridique. Le « changement de paradigme » ne doit pas être compris comme un principe juridique servant à remettre en question les choix législatifs. Au contraire, c'est la loi en vigueur qui précise dans quelle mesure un « changement de paradigme » a eu lieu. Du reste, dans la mesure où des études démontrent « l'existence d'une corrélation entre la proportion de femmes dans les organes dirigeants et les performances des entreprises » (op. cit., n. 30, n.b.p. 98) et constatent « 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 » (loc. cit.), les entreprises ayant effectivement promu l'égalité ainsi que la diversité sont à terme capables d'offrir de meilleures prestations à un meilleur prix. Elles en bénéficient sous les critères d'adjudication classiques. En ce sens, il n'est ni nécessaire, ni utile, d'attribuer des points supplémentaires aux offres de ces entreprises du fait que celles-ci ont mis en œuvre certaines mesures de promotion de l'égalité ou de la diversité. La meilleure qualité et le meilleur prix sont déjà pris en compte, et cela crée du reste une incitation suffisante pour les entreprises qui ne promeuvent pas (encore) de manière particulière l'égalité et la diversité.

152 D'un avis favorable par rapport à l'admissibilité de tels critères DE ROSSA/DAVID (2020), n. 27. Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 8.

153 Message LMP, 1788; FETZ/STEINER (2020), n. 47a; STEINER (2020), p. 9; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 28; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 207 et n. 310; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 8; STEINER/KLINGLER (2023), p. 92; POLTIER (2023), n. 667. – Selon l'opinion défendue ici, ces exigences peuvent aussi être utilisées comme condition de participation (impérative) selon l'art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019, resp. comme spécification du marché au sens de l'art. 30, al. 1, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 40; du même avis TRÜEB/CLAUSEN [2021], art. 30, LMP n. 9; OECHSLIN/LOCHER [2020], art. 30,

tels standards sous la forme d'une condition de participation impérative et se limite à honorer le respect de certains de ces standards sous un critère d'adjudication facultatif, il agit conformément à l'article 29, alinéa 1, LMP/AIMP 2019, dûment interprété à la lumière de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 (*e maiore minus*). En même temps, il n'existe pas de règle générale selon laquelle les critères d'adjudication doivent se limiter à des points qui pourraient être demandés, de manière impérative, sous le titre des spécifications techniques. On ne saurait donc se baser uniquement sur l'article 12, alinéa 2, LMP/AIMP 2019 pour argumenter que l'article 29, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 interdit de prendre en compte des aspects sociaux du processus de production qui n'ont pas d'incidence sur le produit final et qui vont outre les standards prévus à l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019. Contrairement aux conditions de participation (art. 12, art. 26 et art. 44, al. 1, let. a, LMP/AIMP 2019), les critères d'adjudication ne sont pas impératifs. Ils sont donc moins incisifs pour les entreprises intéressées par le marché public, surtout lorsqu'ils sont pondérés de manière modeste. Il ne semble donc pas exclu qu'il soit licite, dans le contexte des critères d'adjudication, d'aller quelque peu outre les exigences prévues à l'article 12, alinéa 1 et alinéa 2, LMP/AIMP 2019 et d'évaluer d'autres effets sociaux du processus de production des prestations en question.¹⁵⁴

Il convient de préciser que l'exigence légale selon laquelle les critères d'adjudication doivent être en lien avec la prestation à acquérir (art. 29, 64

LMP/AIMP 2019 n. 28 [cf. *supra* n.b.p. 50]). En ce sens, elles peuvent *a fortiori* être utilisées comme critères d'adjudication (facultatifs).

¹⁵⁴ Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 8. – Cf. au sujet des art. 32, de la Legge sulle commesse pubbliche (canton du Tessin) du 20 février 2001 (LCPubb/TI – RL 730.100) et art. 53, al. 2, let. c, du Regolamento di applicazione della legge sulle commesse pubbliche e del concordato intercantonale sugli appalti pubblici (canton du Tessin) du 12 septembre 2006 (RLCPubb/TI – RL 730.110), qui prévoient le critère d'adjudication de la « responsabilité sociale des entreprises » (art. 53, al. 2, let. c, RLCPubb/TI: « *la responsabilità sociale delle imprese* »), DE ROSSA GISIMUNDO (2019), p. 172 s. Selon l'opinion défendue ici, un tel critère n'a pas de lien (suffisant) avec le marché en question (cf. *supra* n. 59 ss). Le canton du Tessin n'ayant pas adhéré à l'AIMP 2019, la question de la conformité avec l'art. 29, al. 1, AIMP 2019 ne se pose pas, du moins actuellement. Cela étant, l'art. 13, let. f, AIMP 2001 (n.b.p. 190) – qui continue à lier, notamment, le canton du Tessin – dispose que le droit cantonal doit prévoir des « critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse ». Du reste, selon DE ROSSA GISIMUNDO (2019), p. 174, le critère semble traduire une mesure protectionniste.

al. 1, LMP/AIMP 2019; *supra* n. 60 s.) doit en principe être comprise en ce sens que les critères d'adjudication écologiques et sociaux doivent se limiter au processus de production et au produit final des prestations concrètement en question et qu'ils ne doivent pas servir à évaluer des aspects des entreprises soumissionnaires sans lien avec la prestation (le même constat vaut pour les spécifications sociales selon l'art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019;¹⁵⁵ cf. au sujet de ces spécifications *supra* n. 36 ss).¹⁵⁶ Il n'est toutefois pas toujours possible de limiter un standard écologique ou social, qui sert de critère d'adjudication, à la seule production des prestations concrètement acquises (cf. ég. *supra* n. 39).¹⁵⁷ Dans certains cas, c'est seulement lorsque les entreprises participant à la production des prestations sont certifiées selon un certain standard (ou qu'elles adhèrent à une association assurant un standard déterminé) qu'il est possible d'éviter les effets écologiques ou sociaux négatifs du processus de production en cause. *De facto*, les standards dont il est ici question ici ne peuvent être implémentés dans un seul projet, mais doivent être adoptés au niveau de l'entreprise, impliquant d'ailleurs que leur mise en œuvre demande des mesures vastes et prend un temps considérable.¹⁵⁸ Dans ces cas, l'atteinte du respect des standards en question, et ainsi l'évitement des effets qu'ils visent à empêcher, ne peut résulter que d'un travail de longue durée. Qui plus est, lorsque le processus de production est réparti sur une multitude d'entreprises, un contrôle *ad hoc* de la production des prestations en question au sein des entreprises concernées est souvent illusoire d'un point de vue pratique, de façon que seuls des systèmes de certification (au sens large) avec des contrôles institutionnalisés et réguliers peuvent garantir le respect des standards lors de la production en cause. Il sied dès lors, selon l'opinion défendue ici,¹⁵⁹ d'admettre des critères d'adjudication écologiques et sociaux qui évaluent les entreprises participant à la production de la prestation (et qui ne se limitent pas au processus de production concret) et ce, lorsque le critère en question a pour but d'optimiser écologiquement ou socialement le processus de production concret (et non pas un autre but) et

155 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 198 ss; DE ROSSA/DAVID (2020), n. 23.

156 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 198 ss.

157 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 204 ss, spéc. n. 206 s.

158 HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 206 s.

159 Dans le même sens: HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 206 s.

qu'en l'occurrence, il n'est pas réaliste, voire impossible, d'évaluer seulement ledit processus.¹⁶⁰ Un constat analogue vaut pour l'article 12, alinéa 2, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 39).

2. Les conditions de participation

Dans toute procédure d'adjudication soumise au droit des marchés publics, y compris la procédure sur invitation (art. 20, LMP/AIMP 2019) et la procédure de gré à gré (art. 21, LMP/AIMP 2019), les adjudicateurs sont obligés de vérifier si les soumissionnaires et leurs sous-traitants remplissent les conditions de participation prévues par la loi (art. 26, al. 1, LMP/AIMP 2019). Un soumissionnaire qui ne remplit pas l'ensemble des conditions de participation doit être exclu de la procédure (art. 44, al. 1, let. a, LMP/AIMP 2019; cf. ég. art. 44, al. 2, let. b, let. f et let. g, LMP/AIMP 2019); demeure réservée l'interdiction du formalisme excessif.¹⁶¹

Les conditions de participation énumérées à l'article 26, alinéa 1 et, par renvoi, à l'article 12, alinéa 1-4, LMP/AIMP 2019 sont impératives en ce sens que les entités adjudicatrices ne peuvent pas décider de ne pas les appliquer dans une procédure donnée (voire en général). Cela dit, la condition prévue à l'article 26, alinéa 1 *cum* article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 concernant les « autres standards de travail internationaux importants » (cf. *supra* n. 36 ss) y constitue une exception. Cette condition, qui ne peut s'appliquer qu'à la production des prestations à l'étranger et ce, uniquement dans la mesure où la législation du pays concerné pose des standards moins élevés (cf. *supra* n. 35), est facultative.

¹⁶⁰ Cf. *supra* n. 36 (avec n.b.p. 65) et n. 38: la proposition BEAT JANS *et al.*, qui a été absorbée par la proposition FABIO REGAZZI (qui, elle, a été inscrite dans la loi), visait en partie des standards dont le respect ne peut être limité à la production des prestations concrètement achetées par l'adjudicateur en question, tels que les salaires de subsistance.

¹⁶¹ WYSS (2020), art. 26, LMP/AIMP 2019, n. 4; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 26, LMP n. 6. Cf. ég. TAF B-4165/2022, 23 novembre 2022, c. 3.5 (dans ce cas, l'entité adjudicatrice avait demandé le respect du standard amfori BSCI [cf. *supra* n.b.p. 84] et avait inséré cette exigence parmi les critères d'aptitude; matériellement, il s'agissait d'une condition de participation au sens de l'art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP [cf. ég. arrêt précité, c. 3.4]; en ce sens, le c. 3.5 précité, qui traite, entre autres, de l'interdiction du formalisme excessif dans le contexte d'une exclusion pour non-remplissement d'un critère d'aptitude, peut être transposé sur l'exclusion en raison du non-respect des conditions de participation).

tive en ce sens qu'en vertu de la disposition citée, aucun adjudicateur n'est contraint de la choisir dans une procédure d'adjudication donnée et de la rendre ainsi contraignante (en l'intégrant dans l'appel d'offres ou les documents; cf. art. 36, introduction, et let. c, LMP/AIMP 2019) pour les soumissionnaires de la procédure concernée (cf. *supra* n. 36).

- 67 L'énumération des conditions de participation contenue à l'article 26, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 n'est pas exhaustive puisqu'elle est précédée par la formule « en particulier », qui est communément comprise comme l'annonce du caractère non exhaustif des entrées dans la liste en question. Or, cela ne signifie pas nécessairement que la disposition citée veuille accorder aux adjudicateurs le droit d'établir d'autres conditions de participation (impératives). En effet, à son article 44, la loi prévoit certains motifs d'exclusion (ou de révocation) qui ne sont pas mentionnés à l'article 26, alinéa 1, LMP/AIMP 2019, mais dont l'absence peut être qualifiée, d'un point de vue matériel, d'une condition de participation à la procédure d'adjudication; il s'agit en particulier des condamnations pénales (article 44, alinéa 1, lettre c, LMP/AIMP 2019), des infractions aux dispositions contre la corruption (let. e), de l'insolvabilité (let. d; cf. ég. al. 2, let. e) et des infractions à la Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986¹⁶² (al. 2, let. h). Dès lors, il est probable que l'ouverture de l'énumération des conditions de participation contenue à l'article 26, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 soit due au fait que l'article 44 contienne d'autres conditions de participation, et il est bien moins probable que la loi entende permettre aux adjudicateurs l'ajout de conditions de participation non prévues par la loi.¹⁶³ Quoi

¹⁶² LCD – RS 241.

¹⁶³ Cf. WYSS (2020), art. 26, LMP/AIMP 2019, n. 7: selon cette auteure, il est envisageable d'ajouter à la liste de l'art. 26, al. 1, LMP/AIMP 2019 l'interdiction du subventionnement croisé (cf. ATF 143 II 425, c. 4); pour le reste, il y a lieu d'être réticent et d'exiger que d'autres conditions impératives répondent aux mêmes exigences que les critères d'aptitude (cf. ég. HAUSER/PISKÓTY [2023], n. 244). – Selon l'opinion défendue ici, le subventionnement croisé peut constituer un motif d'exclusion, mais il concerne l'offre du soumissionnaire et non pas celui-ci, de façon qu'il ne s'agit pas d'une condition de participation. En effet, si un soumissionnaire disposant de fonds publics (directement ou en vertu de subventions accordées de manière régulière) ne pratique aucun subventionnement croisé dans les prix et les prestations contenues dans son offre soumise, il n'existe pas de motif d'exclusion; en revanche, si l'offre (son prix ou les prestations) est améliorée à l'aide desdits fonds publics et ce, en violation de la loi, un motif d'exclusion est donné mais le problème réside dans l'offre et non pas dans le comportement général du soumissionnaire (cf. ég. ATF 143

qu'il en soit, il sied d'interpréter le fait que l'article 12, alinéa 1-3, LMP/AIMP 2019 – auquel la liste de l'article 26, LMP/AIMP 2019 renvoie – prévoit des règlements détaillés pour les conditions de participation des domaines du travail (au sens large) et de l'environnement (ainsi que des ressources naturelles), en ce sens qu'en tout cas dans ces domaines, la réglementation est exhaustive et que l'article 26, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 n'accorde ici aux adjudicateurs aucun droit d'établir d'autres conditions de participation, même si « en particulier » devait être compris en ce sens que des conditions non prévues par la loi peuvent être appliquées sous certaines circonstances. En effet, l'article 12, LMP/AIMP 2019 ne prévoit qu'une seule condition de participation dont l'établissement est facultatif (art. 12, al. 2, 2^{ème} phrase, LMP/AIMP 2019; cf. *supra* n. 36 ss), et il n'y a pas lieu de partir de l'idée qu'il s'agit là que d'un exemple pour une multitude de conditions de participation concernant les domaines social et environnemental, non prévus par la loi, que l'adjudicateur serait libre d'établir. Ce n'est qu'à l'article 12, alinéa 2, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019 que la loi utilise la formule « au moins » dans le contexte d'une condition de participation; or, ici, « au moins » se réfère au fait que le respect des conventions fondamentales de l'OIT faisant l'objet de la disposition n'est suffisant que dans la mesure où le droit applicable au lieu de production n'est pas plus strict (cf. *supra* n. 35). En tout cas dans les domaines visés par l'article 12, LMP/AIMP 2019, l'article 26, alinéa 1, LMP/AIMP 2019 ne permet donc pas à l'adjudicateur d'établir des conditions de participation non prévues par la loi.

En principe, les conditions de participation légales se réfèrent au respect du droit applicable de manière « ordinaire », à savoir : les dispositions de droit public applicables généralement et indépendamment de la question de savoir si l'activité relève d'un marché public (cf. *supra* n. 25 s.). Tel est le cas pour la majorité des conditions énumérées à l'article 26, alinéa 1 (et, par renvoi, à l'article 12, al. 1-3) LMP/AIMP 2019 (cf. ég. art. 44, al. 1, let. c et let. f, LMP/AIMP 2019). Or, l'article 12, alinéa 1, LMP va plus loin que la législation « ordinairement » applicable lorsqu'il exige des soumissionnaires suisses produisant une prestation à un autre lieu que leur lieu de provenance le respect du droit du lieu de la presta-

II 425, c. 4.5). Une offre bénéficiant d'un subventionnement croisé qui est contraire à la loi constitue une sous-enchère illicite.

tion (cf. *supra* n. 34). Le même constat s'impose concernant l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 36 ss): les « autres standards de travail internationaux importants » sont des règles dépassant le minimum légal visé par la première phrase de la disposition (droit du pays du lieu de production ou, éventuellement, conventions fondamentales de l'OIT; cf. *supra* n. 35). En outre, à vrai dire, les « conventions internationales relatives à la protection de l'environnement » selon l'article 12, alinéa 3, LMP/AIMP 2019 (cf. annexe 2, OMP; annexe 4, AIMP 2019) lient les États parties (qui sont obligés de légiférer) et non pas les entreprises économiques. Un certain nombre de règles prévues par ces conventions peuvent certes être observées matériellement par une entreprise, mais une bonne partie d'entre elles ne sauraient être respectées que par un État.¹⁶⁴ Toutefois, dans la mesure où le droit applicable

¹⁶⁴ Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 12, LMP n. 12; HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 243. – Dans le détail, si certaines conventions visées à l'art. 12, al. 3, LMP/AIMP 2019 contiennent certaines règles dont le contenu matériel peut être observé (par analogie) par les entreprises et ce, d'une manière vérifiable (cf., p.ex., art. 2A, al. 8, du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone du 16 décembre 1987 [RS 0.814.021]: « [...] commençant le 1^{er} janvier 2010 [...], chacune des Parties veille à ce que son niveau calculé de production de substances réglementées du Groupe I de l'annexe A visant à répondre aux besoins intérieurs fondamentaux des Parties visées au par. 1 de l'art. 5 soit égal à zéro »), d'autres ne contiennent que des principes généraux dont le respect par une entreprise serait à tout le moins très difficile à vérifier (cf., p.ex., art. 2 de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance du 13 novembre 1979 [RS 0.814.32]: « Les Parties contractantes [...] sont déterminées à protéger l'homme et son environnement contre la pollution atmosphérique et s'efforceront de limiter et, autant que possible, de réduire graduellement et de prévenir la pollution atmosphérique [...] ») et des règles ne pouvant s'adresser qu'à des États (cf., p.ex., art. 5 de la Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992 [RS 0.451.43]: « Chaque Partie contractante [...] coopère avec d'autres Parties contractantes, directement ou, le cas échéant, par l'intermédiaire d'organisations internationales compétentes, dans des domaines ne relevant pas de la juridiction nationale et dans d'autres domaines d'intérêt mutuel, pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique. » En somme, au moins la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance du 13 novembre 1979 ne semble contenir aucune règle dont on pourrait exiger le respect (par analogie) d'une entreprise, et les autres traités visés à l'annexe 2, OMP et à l'annexe 4, AIMP 2019 ne contiennent que très peu de dispositions idoines à cette fin. Le choix fait par le Conseil fédéral (cf. art. 12, al. 3, LMP et art. 12, al. 3, AIMP 2019) dans les annexes mentionnées ne semble dès lors pas particulièrement réussi, mais le problème réside en réalité dans le texte de la loi, qui prévoit que le standard minimum écologique à exiger pour des prestations produites à l'étranger est déterminé par des « conventions internationales relatives à la protection de l'environnement » (art. 12, al. 3, LMP/AIMP 2019), ce qui limite

aux entreprises au lieu de production est moins strict que le contenu matériel des règles desdites conventions internationales (dans le cas inverse, c'est le droit applicable aux entreprises au lieu de production qui sera déterminant; cf. par analogie *supra* n. 35), l'exigence de respecter ce contenu matériel va au-delà du respect du droit « ordinairement » applicable aux soumissionnaires. Cela vaut d'autant plus dans les cas où le pays du lieu de production n'a pas adhéré à la convention internationale en question.¹⁶⁵ Les conventions fondamentales de l'OIT visées à l'article 12, alinéa 1, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 35) obligent elles aussi pour l'essentiel les États signataires,¹⁶⁶ respectivement, l'ensemble des pays membres de l'OIT,¹⁶⁷ et non pas les entreprises actives dans ces pays.¹⁶⁸ Or, certaines dispositions des conventions fondamentales pourraient être d'application directe,¹⁶⁹ et les règles prévues par ces conventions reposent sur un consensus international très large.¹⁷⁰ En ce sens, l'exigence du respect des conventions fondamentales de l'OIT (qui ne s'applique que dans le cas où le droit national applicable au lieu de production est moins strict; cf. *supra* n. 35) s'assimile aux exigences concernant le respect du droit en vigueur de manière « ordinaire » et ne va pas véritablement au-delà (cf. *supra* n. 35).¹⁷¹ Cela étant, certains

d'emblée le choix à des règles qui n'ont pas été rédigées pour être mises à la charge d'entreprises privées. Il en résulte que l'art. 12, al. 3, LMP/AIMP 2019 est très difficile à mettre en œuvre (de manière sérieuse et vérifiable) et risque de ne pas produire les effets souhaités par les organes de législation compétents.

165 Contrairement aux conventions fondamentales de l'OIT (art. 12, al. 2, 1^{ère} phrase, LMP/AIMP 2019), les conventions en matière d'environnement visées à l'art. 12, al. 3, LMP/AIMP 2019 (resp., énumérées à l'annexe 2, OMP et à l'annexe 4, AIMP 2019) n'ont pas toutes été ratifiées par la grande majorité des États. Cela est vrai avant tout pour la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance du 13 novembre 1979 (RS 0.814.32; cf. ch. 8, Annexe 2, OMP et tiret 8, annexe 4, AIMP 2019), dont le cercle des États signataires se limite à des États européens et centrasiatiques ainsi qu'aux États-Unis et au Canada (cf. la liste des États signataires à l'annexe de la version RS du traité cité).

166 Cf. PÄRLI (2022), n. 58.

167 Message LMP, 1758.

168 PÄRLI (2022), n. 58.

169 PÄRLI (2022), n. 58 (avec n.b.p. 166).

170 PÄRLI (2022), n. 48.

171 Dans le même sens STEINER (2014), n. 3: étant donné que les conventions fondamentales de l'OIT constituent du droit international qualifié, l'exigence de leur respect ne saurait constituer une discrimination.

motifs d'exclusion concernant l'aptitude générale des soumissionnaires (cf. *infra* n. 72), comme l'insolvabilité (art. 44, al. 1, let. d et al. 2, let. e, LMP/AIMP 2019), ne concernent pas une violation du droit, mais un état de fait mettant en danger le succès de l'acquisition publique.

- 69 Le but principal de la plupart des conditions de participation prévues par la loi est d'assurer l'égalité de traitement (art. 2, let. c, LMP/AIMP 2019), respectivement la concurrence équitable entre les soumissionnaires (art. 2, let. d, LMP/AIMP 2019).¹⁷² En effet, la violation des dispositions légales applicables en matière de travail (au sens large), d'environnement (et des ressources), d'impôts, de cotisations sociales et de concurrence (cf. art. 12, al. 1-3, et 2,6 al. 1, LMP/AIMP 2019) procurent un avantage concurrentiel indu à l'entreprise en question, notamment, lorsqu'elle participe à une procédure d'adjudication publique. Il en va en principe de même pour les motifs d'exclusion de l'infraction aux dispositions relatives à la lutte contre la corruption (art. 44, al. 1, let. e) et des indications fausses ou trompeuses (al. 2, let. a). En revanche, certains motifs d'exclusion prévus à l'art. 44, LMP/AIMP 2019, qui peuvent être compris comme des conditions de participation, concernent plutôt l'aptitude (générale) des soumissionnaires (cf. *infra* n. 72). Il s'agit en particulier des motifs des crimes et délits (al. 1, let. c) et de l'insolvabilité (al. 1, let. d et al. 2, let. e). Ici, c'est le succès de l'acquisition publique qui se trouve au centre des préoccupations; l'égalité de traitement peut certes être atteinte dans ces cas, mais ce n'est pas la raison première de l'existence de ces motifs.
- 70 En vertu de ce qui précède, lorsque l'adjudicateur public exige des soumissionnaires le respect des conditions de participation légales concernant le travail (au sens large), l'environnement (et les ressources naturelles), les impôts, les cotisations sociales et la concurrence (cf. art. 26, al. 1, LMP/AIMP 2019), il agit en premier lieu dans l'intérêt de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (cf. *supra* n. 69). En outre, dans la mesure où les conditions visent le respect du droit applicable de manière « ordinaire » (cf. *supra* n. 68), conformément à l'idée de la cohérence de l'ordre juridique, elles contribuent au respect du droit concerné, par exemple du droit fiscal et du droit de l'environnement. De surcroît, les conditions de participation concernant le travail, l'environnement, les

¹⁷² Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 234.

impôts et les cotisations sociales constituent en même temps des spécifications du marché concret (resp., du processus de production des prestations; cf. *supra* n. 23 s.). Cela est vrai en particulier pour les conditions dépassant le cadre de la législation « ordinairement » applicable (cf. *supra* n. 68). Finalement, le respect des règles sur la concurrence contribue à la durabilité économique du secteur concerné.

Il sied de conclure que les conditions de participation – respectivement, leur mise en œuvre dans la procédure d’adjudication et lors de l’exécution du marché – contribuent à la durabilité du marché public concret et, indirectement, à la durabilité (dans le sens d’un standard minimum, normalement limité au respect des lois « ordinaires »; cf. *supra* n. 68) des activités générales des entreprises soumissionnaires, qui sont incitées à respecter les lois applicables afin de ne pas se voir exclure des procédures d’adjudication publiques. 71

3. *Les critères d’aptitude*

Les règles légales sur les critères d’aptitude (cf. en particulier art. 27, LMP/AIMP 2019) ne mettent à la charge de l’adjudicateur aucune obligation spécifique en matière de durabilité. Lesdits critères doivent servir à vérifier que, dans les faits, les soumissionnaires (et, le cas échéant, les sous-traitants) disposent des ressources et capacités minimales factuellement nécessaires pour mener à bien le projet en question et ce, dans le temps et la qualité voulus (cf. art. 27, al. 2, LMP/AIMP 2019: « les capacités » et « leur expérience », al. 1, 2^e phrase: « objectivement nécessaires [...] pour le marché concerné »). Ils sont établis dans chaque cas d’espèce en fonction de la spécification du marché. L’adjudicateur doit veiller à ce que la présence de toutes les ressources, facultés, capacités et expériences nécessaires dans le cas concret soit vérifiée sous un critère d’aptitude formulé concrètement dans ce but. C’est en ce sens que l’application des critères d’aptitude contribue à assurer la durabilité du marché en question: dans la mesure où celui-ci est spécifié de manière durable, des critères d’aptitude servant à vérifier si les soumissionnaires sont capables de se conformer aux spécifications en question doivent être formulés et appliqués par l’adjudicateur, ce qui signifie qu’un soumissionnaire ne disposant pas des caractéristiques demandées doit être ex- 72

clu de la procédure,¹⁷³ afin que la durabilité du marché ne soit pas mise en péril.

- 73 Cela étant, tous les critères d'aptitude établis dans un cas concret doivent être « objectivement nécessaires [...] pour le marché concerné » (art. 27, al. 1, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019).¹⁷⁴ Dès lors, un critère d'aptitude est certes tout à fait licite s'il est destiné à vérifier que l'entreprise soumissionnaire est en mesure de respecter les spécifications du marché en matière de durabilité (notamment, écologique). Selon l'opinion défendue ici, il n'en demeure pas moins que certaines pratiques existantes concernant des critères d'aptitude « environnementaux » devraient être revues à la lumière de l'exigence légale de la nécessité objective. En particulier, le critère, assez répandu en pratique, selon lequel sont réputés aptes seuls les soumissionnaires disposant d'un système de gestion environnementale ISO 14001 ou équivalent, n'est pas idoine à vérifier l'aptitude des soumissionnaires de respecter les (éventuelles) spécifications environnementales du marché concret.¹⁷⁵ En réalité, la norme ISO 14001

¹⁷³ Cf. art. 27, al. 1, LMP/AIMP 2019 (« doivent »). Cf. ég. LOCHER (2020), art. 44, LMP/AIMP 2019, n. 12: cette auteure part de l'idée qu'il y a lieu de comprendre « conditions de participation » au sens de l'art. 44, al. 1, let. a, LMP/AIMP 2019 dans un sens large, englobant tant les conditions de participation au sens de l'art. 26, al. 1 que les spécifications techniques au sens de l'art. 30 ainsi que les critères d'aptitude (non mentionnés de manière expresse à l'art. 44) au sens de l'art. 27, LMP/AIMP. Il y a lieu de se rallier à cette opinion.

¹⁷⁴ Cf. MARTI (2022), p. 46: « Le critère [d'aptitude] doit être <objectivement nécessaire pour le marché concerné>. Un critère relatif à l'aptitude qui ne serait pas pertinent pour la prestation faisant l'objet du marché à adjudger serait donc interdit [...]. [L]es labels, certificats, preuves, etc. exigés par les adjudicateurs doivent être adaptés à l'adjudication et doivent permettre de se prononcer concrètement sur les exigences et critères demandés [...]. [I]l doit y avoir une référence à l'objet de l'adjudication. »

¹⁷⁵ Cf. ég. DE ROSSA/DAVID (2020), n. 22: ces auteures partent du principe que le critère d'aptitude « ISO 14001 ou équivalent » est inadmissible, à moins qu'un tel système de gestion environnementale ne permette « de prouver que l'entreprise n'utilise pas de substances polluantes lors des travaux de construction ou de sa production ». En ce sens, un système de gestion environnementale ne peut être exigé de manière abstraite. Il y a lieu d'établir des critères d'aptitude visant à assurer concrètement la faculté des soumissionnaires à prendre en compte et à minimiser les risques environnementaux du marché en question. Dans ce cadre, un soumissionnaire peut le cas échéant prouver par une certification ISO 14001, et par les mesures concrètes que celle-ci implique au sein de son entreprise, qu'il est apte à exécuter le contrat en respectant parfaitement toutes les consignes environnementales en cause.

contient des contraintes purement formelles¹⁷⁶ et n'impose pas l'adoption de mesures environnementales concrètement définies mais laisse le choix¹⁷⁷ de ces mesures entièrement à la discrétion de l'entreprise établissant un système de gestion environnementale.¹⁷⁸ Ainsi, une certification ISO 14001 (ou la preuve de l'existence d'un système équivalent) n'implique aucune mesure définie, mais garantit seulement l'existence d'une mesure (ou de plusieurs mesures) à contenu environnemental ainsi que la gestion et l'amélioration constante de cette mesure (ou de ces mesures).¹⁷⁹ Partant, il est possible, mais aucunement garanti, qu'un soumissionnaire certifié selon la norme mentionnée (ou disposant d'un système équivalent) ait adopté des mesures environnementales le rendant apte à respecter les spécifications écologiques dont il est question dans un cas donné.

Cette raison suffit à démontrer que le critère d'aptitude « ISO 14001 (ou équivalent) » n'est pas conforme à l'exigence légale de la nécessité objective (cf. *supra* n. 73):¹⁸⁰ il n'est ni nécessaire, ni utile, d'établir un critère qui n'est pas en mesure d'attester ce qu'il est censé vérifier.¹⁸¹ Par ailleurs,

176 Arrêt du TAF B-5897/2022, 5 avril 2023, c. 10.2.

177 Arrêt du TAF B-5897/2022, 5 avril 2023, c. 10.2.

178 Cf. BR/DC 2023, p. 226 s., commentaire du n. 278 (arrêt du TAF B-5897/2022, 5 avril 2023).

179 Cf. ég. STEINER (2014), n. 8. Cet auteur mentionne ce problème et constate en même temps que la pratique judiciaire admettait, de manière plus ou moins large, le critère d'aptitude « ISO 14001 ou équivalent » sous l'égide du droit des années 1990. Il conclut à l'admissibilité de ce critère dans la mesure où il s'agit d'un marché présentant des risques environnementaux élevés (« *ein umweltsensibler Auftrag* »). Or, selon l'opinion défendue ici, cette exigence complémentaire, selon laquelle le critère en question ne peut être utilisé que lorsque des risques environnementaux particuliers sont liés à la fourniture des prestations, ne change rien au problème, qui est d'autant accentué que lesdits risques sont sérieux. En effet, si certaines activités ou produits impliqués dans un marché public présentent des risques élevés, il sied de vérifier concrètement l'aptitude des soumissionnaires à gérer et à minimiser ces risques; il est inutile, et d'ailleurs dangereux, d'accepter un système de gestion environnementale certifié ou équivalent sans se soucier de la question de savoir si les activités ou produits en question sont couverts par ledit système.

180 Cf. ég. MARTI (2022), p. 46: cet auteur ne discute pas le critère d'aptitude concret de la certification selon la norme ISO 14001, mais retient de manière générale que tous les certificats demandés au titre de critères d'aptitude « doivent permettre de se prononcer concrètement sur les exigences et critères demandés » et qu'il « doit y avoir une référence à l'objet de l'adjudication ».

181 D'un autre avis: arrêt du TAF B-5897/2022, 5 avril 2023, c. 6.5 et 9.4 (cf. pour une critique de cet arrêt: BR/DC 2023, p. 226 s., remarques par rapport au n. 278). – Il

certaines appels d'offres qui ne prévoient aucune spécification écologique particulière hormis le respect des exigences selon l'article 12, alinéa 3, LMP/AIMP 2019, requièrent tout de même ce critère d'aptitude. Dans ces cas, ledit critère est contraire à la loi en raison du fait qu'un système de gestion environnementale ISO 14001 ou équivalent ne garantit pas le respect du minimum légal de l'article 12, alinéa 3, LMP/AIMP 2019, ce système pouvant avoir comme objet d'autres questions. Un adjudicateur qui doit (cf. *supra* n. 72) ou qui veut vérifier les capacités des soumissionnaires en matière de durabilité (notamment, écologique) du marché en question doit établir des critères d'aptitude visant concrètement les questions pertinentes du cas d'espèce.

- 75 Il convient d'ajouter que, pour les raisons exposées ci-avant (cf. *supra* n. 73 ss), une certification selon la norme 14 001 (ou un système équivalent) ne saurait non plus servir de critère d'adjudication. En effet, selon l'article 29 alinéa 1, LMP/AIMP 2019 (et sous réserve de l'al. 2 de cette disposition), un tel critère doit être « en lien avec la prestation », règle qui est respectée lorsque le critère en question est idoine pour mesurer le coût ou la qualité du marché public concret. Or, la seule présence d'un système de gestion environnementale, certifié selon la norme 14001, ou

sied de noter ici que, dans le cas d'espèce, CFF SA cherchait des prestataires qui pouvaient effectuer des travaux de pelleuse sur ses chantiers et que ce genre de prestations a sans doute certaines répercussions sur l'environnement et l'équilibre écologique (cf. arrêt cité, c. 6.5 et c. 9.4). Il n'en demeure pas moins que l'existence d'un système de gestion environnementale ISO 14001 ou équivalent ne signifie pas que l'entreprise en question ait adopté des mesures concernant le fait d'effectuer des travaux de pelleuse. Il s'ensuit que, contrairement à la pratique du Tribunal administratif fédéral, le critère « ISO 14001 (ou équivalent) » n'est pas conforme à la loi parce qu'il n'est pas idoine pour vérifier les capacités des soumissionnaires concrètement exigées dans le cas d'espèce. Cf. ég. ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER (2023), p. 245 : ces auteur.e.s préconisent la prise en compte d'une certification selon la norme ISO 14001 dans les procédures d'adjudication, étant donné que ladite norme exige des entreprises qui s'y soumettent de prendre en considération l'ensemble des conséquences environnementales de leurs activités. Or, cette prise en considération ne signifie pas que l'entreprise doive agir sur tous les domaines pour obtenir la certification (cf. arrêt du TAF B-5897/2022, 5 avril 2023, c. 10.2 : les entreprises choisissent elles-mêmes les mesures qu'elles adoptent et ne s'engagent qu'au respect de celles-ci). – Cf. en outre HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 274 s. : ces auteur.e.s suivent l'avis du Tribunal administratif fédéral (arrêt B-6082/2011, 8 mai 2012, c. 5.4.2) selon lequel un système de gestion environnementale tel que celui décrit par la norme ISO 14001 constitue un critère d'aptitude admissible à condition que la production des prestations en question soit particulièrement problématique dans l'aspect écologique.

d'un système équivalent, ne fournit aucun enseignement sur la qualité (environnementale) de la prestation que le soumissionnaire concerné propose de fournir. En effet, sa présence ne prouve pas que les mesures découlant du système certifié vont servir à la durabilité du marché concrètement en question.¹⁸²

4. Les spécifications

En dépit du texte légal, qui parle de spécifications « techniques » (cf. art. 30, LMP/AIMP 2019), les exigences par lesquelles l'entité adjudicatrice décrit les prestations recherchées – tant quant au résultat qu'à la manière de produire celui-ci – ne sont pas que de nature « technique » au sens propre du terme, mais englobent également, notamment des points administratifs, commerciaux et juridiques.¹⁸³ En ce sens, sont à qualifier de spécifications (« techniques ») au sens de l'article 30, LMP/AIMP 2019 toutes les exigences (impératives ou, le cas échéant, facultatives) que l'adjudicateur public établit dans l'appel d'offres (et les documents d'appel d'offres ainsi que les réponses qu'il donne aux questions posées par rapport à ces textes) afin de définir – notamment, sous les

¹⁸² Cf. *supra* n.b.p. 181 : par exemple, si les spécifications d'un marché prévoient des travaux de pelleteuse, y compris le traitement conforme à la loi des matières excavées, la seule présence, auprès d'un soumissionnaire, d'un système de gestion environnementale certifié selon la norme ISO 14001 (ou équivalent) ne signifie pas (nécessairement) que ledit système concerne les travaux de pelleteuse et de traitement des matières excavées effectués par le soumissionnaire concerné. Bien plutôt, le cas échéant, ce système concerne exclusivement les impacts environnementaux qu'ont les activités administratives déployées par le soumissionnaire au lieu de son siége.

¹⁸³ Cf. ég. OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 7: « *Abhängig vom konkreten Beschaffungsgeschäft können [...] die unterschiedlichsten Anforderungen [technische Spezifikationen] sein (Material, Technologie, Grösse, Gewicht, Schnittstellen, Sicherheitsvorgaben, IP-Schutzklassen, Lebensdauer, Garantiefrist, Bereitschafts-, Reaktions- oder Interventionszeiten usw.)*. » Ces auteur.e.s ne partent donc pas non plus de l'idée que la notion de « spécification technique » se limite au sens propre du terme « technique » mais y assujettissent aussi, notamment, les délais de garantie (une question avant tout juridique) et soulignent généralement que les spécifications techniques peuvent concerner les exigences les plus diverses. Cf. en outre HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 414 : selon ces auteur.e.s, la notion de « description de la prestation » (art. 35, let. c, et art. 36, let. b, LMP/AIMP 2019) englobe les spécifications techniques au sens de l'art. 30, LMP/AIMP 2019 ainsi que les autres exigences (qui ne sont pas « techniques » au sens propre du terme) concernant la prestation et sa production. Dans le résultat, cet avis se recouvre avec la notion large de « spécification » défendue ici.

angles technique, administratif, commercial et juridique – la prestation qu’il souhaite obtenir.¹⁸⁴ Si l’on voulait défendre la thèse inverse, l’on serait contraint de constater que la loi ne contient aucune base pour les spécifications administratives, commerciales et juridiques, qui sont ubiquitaires dans la pratique des marchés publics et dont la nécessité ne saurait être contestée.

- 77 Cela étant, la durabilité d’un marché public dépend de toutes les spécifications définissant le marché, qu’elles soient ou non de nature « technique » au sens étroit du terme. Par exemple, un droit à la réparation et une obligation de proposer des pièces de rechange pendant une durée plus longue est souvent susceptible d’augmenter la durabilité écono-

¹⁸⁴ La Directive européenne 2014/24 (n.b.p. 368) distingue les spécifications techniques (art. 42; ces spécifications « peuvent également se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu’ils soient liés à l’objet du marché et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs » et « peuvent aussi préciser si le transfert des droits de propriété intellectuelle sera exigé ») des conditions d’exécution du marché (art. 70; ces conditions peuvent prendre en compte, notamment, « des considérations relatives à l’économie, à l’innovation, à l’environnement, au domaine social ou à l’emploi »). Cette distinction n’est pas particulièrement aisée (dans le même sens: HAUSER/PISKÓTY [2023], n. 401) en raison du fait que, hormis les caractéristiques techniques (au sens propre du terme) des produits physiques ou électroniques (éventuellement) fournis dans le cadre d’un marché public – ces caractéristiques ne peuvent être que des spécifications techniques au sens de la directive – il existe un bon nombre de spécifications concernant des travaux ou services, respectivement le processus de production de ces prestations, qui peuvent être qualifiées tant de spécifications techniques au sens de l’art. 42 que de conditions d’exécution du marché au sens de l’art. 70, de la Directive 2014/24. De surcroît, le fait que des dispositions (contractuelles) concernant la propriété intellectuelle, prévues dans un appel d’offres, soient considérées comme des spécifications techniques, conformément à l’art. 42, al. 1, Directive 2014/24, démontre que cette disposition prévoit une notion de « spécification technique » qui va au-delà de ce que l’on entend, au sens étroit, par le terme « technique ». Il n’est pas clair non plus si les régimes juridiques régissant les spécifications, d’une part, et les conditions d’exécution, d’autre part, présentent des différences. Le droit suisse ne connaît pas la catégorie des conditions d’exécution mais seulement celle des spécifications « techniques », qui, abstraitement, relèvent de la même catégorie que les conditions d’exécution parce qu’il s’agit dans les deux cas de décrire les prestations voulues et leur processus de production. En droit suisse, il sied donc d’interpréter de manière très large la notion de « spécification technique » et d’y assujettir toute exigence décrivant un aspect quelconque de la prestation ou de sa production, qu’il s’agisse de points techniques (a.s.é.), administratifs, commerciaux ou juridiques. Cf. ég. OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 7.

mique et écologique de l'acquisition en cause ; en outre, des droits et obligations contractuels qui sont bien équilibrés contribuent au développement durable de la branche économique concernée.

En vertu du droit des marchés publics à proprement parler,¹⁸⁵ les adjudicateurs assujettis ne sont pas obligés d'adopter des spécifications rendant leurs marchés particulièrement durables, mais jouissent d'un large (cf. n. 20) pouvoir d'appréciation.¹⁸⁶ L'article 30, LMP/AIMP 2019 ne contient aucune trace d'une telle obligation, et le fait que l'alinéa 4 de cette disposition (« peut prévoir »)¹⁸⁷ laisse à l'adjudicateur le choix d'établir des spécifications concernant les aspects écologiques du produit final ou de sa production (cf. *supra* n. 27)¹⁸⁸ démontre qu'il n'existe aucune obligation allant au-delà des conditions de participation (cf. *supra* n. 23 s.) prévues à l'article 12, alinéa 3, LMP/AIMP 2019.¹⁸⁹ Quant aux

¹⁸⁵ À savoir: le corps des règles légales régissant la procédure d'adjudication et la concurrence (éventuelle) entre les soumissionnaires (cf. au sujet des règles du droit de l'organisation de l'État *infra* n. 81 s.).

¹⁸⁶ D'un avis contraire DE ROSSA/DAVID (2020), n. 3: « 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. » Selon l'opinion défendue ici, il n'y aurait pas de marge d'appréciation si les adjudicateurs étaient obligés d'en faire usage dans un sens prédéfini. En outre, l'art. 30, al. 4, LMP/AIMP 2019 (« peut ») démontre que ni la LMP ni l'AIMP 2019 n'imposent une conception et une spécification du marché public qui soit particulièrement durable. Indépendamment de la question de savoir ce qui a été communiqué autour de la révision actuelle du droit des marchés publics, c'est la loi qui détermine les droits et obligations existants. Cf. ég. op. cit., n. 29: « le Parlement [...] 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. » Or, selon l'opinion défendue ici, les art. 2, let. a, art. 12, al. 1-3, art. 29, al. 1 (et l'exception à l'al. 2 de cette disposition) et art. 30, LMP/AIMP 2019 démontrent que la législation sur les marchés publics n'a pas pour but d'influer sur le comportement général des entreprises mais se limite à viser l'optimisation du marché public en tant que tel ainsi que de ses conséquences (cf. en particulier n. 49 ss, n. 58 ss et n. 114 ss).

¹⁸⁷ Cf. ég. art. X, al. 6, AMP: « pourra [...] adopter » (« *may* [...] *adopt* » ; « *podrá* [...] *adoptar* »).

¹⁸⁸ L'art. 30, al. 4, LMP/AIMP englobe les aspects écologiques de la production des prestations qui n'ont aucune influence sur le produit final (cf. n. 27) mais ne se limitent pas à cet aspect-ci. Cf. ég. Message LMP, p. 1791 ; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30, LMP n. 6.

¹⁸⁹ *De lege ferenda*, dans l'Avis économie circulaire, p. 10/14, le Conseil fédéral se prononce contre une modification future de l'art. 30, al. 4, LMP selon laquelle

spécifications sociales n'exerçant aucune influence sur le produit final, il a été relevé plus haut que de telles exigences ne peuvent être plus strictes que celles de l'article 12, alinéa 1 et alinéa 2, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 29 et n. 31), qui doivent pour leur part être impérativement exigées lors de toute passation d'un marché public (cf. *supra* n. 65 s.), hormis la condition de participation facultative (pour les adjudicateurs) de l'article 12, alinéa 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 36). Il sied de conclure que le droit des marchés publics révisé n'oblige pas les entités adjudicatrices assujetties à adopter des spécifications particulièrement économiques, écologiques ou sociales; les conditions de participation du type écologique et social (art. 12, al. 1, al. 2, 1^{ère} phrase, et al. 3, LMP/AIMP 2019) sont les seules exigences définissant des aspects du processus de production (et se recoupant donc matériellement avec les spécifications du marché; cf. *supra* n. 23 s.) que les adjudicateurs doivent im-

les adjudicateurs seraient obligés d'« examiner les aspects écologiques lors de toute acquisition (biens, services et prestations de construction) et, si possible, [d']en tenir compte dans les spécifications techniques » (cf. à ce sujet HAUSER/PISKÓTY [2023], n. 418). La raison n'est pas que le Conseil fédéral n'est pas favorable à la prise en compte des aspects écologiques dans le cadre de la conception des acquisitions et de la spécification des prestations, mais plutôt qu'il préfère régler ce comportement au niveau de la stratégie de l'administration fédérale en matière d'acquisitions, qui est déjà appliquée par les entités concernées (loc. cit.). Dans ce contexte, il sied de mentionner les art. 2, al. 2, let. b, OILC (n.b.p. 202) et art. 11, al. 2, let. a, art. 23a, let. c, art. 24, al. 1, let. i et art. 28, Org-OMP (n.b.p. 210). Selon l'opinion défendue ici, même si la LMP devait (à l'avenir) contenir une obligation de concevoir les marchés publics d'une manière particulièrement écologique, il s'agirait d'une règle d'organisation interne, à l'instar des art. 2, al. 2, let. b, OILC et art. 11, al. 2, let. a, Org-OMP actuellement en vigueur, et non pas d'une obligation pouvant être invoquée par les soumissionnaires. Si on décidait autrement, on soulèverait de manière incontournable la question de savoir si les soumissionnaires peuvent également faire grief d'une conception du marché qui n'est pas aussi économe que possible. Sous réserve du principe d'égalité de traitement et dans le cadre des législations spéciales de droit public applicables au cas concret, il sied de laisser les questions stratégiques concernant la conception des acquisitions et la spécification des marchés au droit de l'organisation de l'État et, dans ce cadre, aux stratégies des adjudicateurs, et il convient d'éviter des recours en matière de marchés publics dans lesquels les soumissionnaires essaient d'influer (en leur faveur) sur les décisions de conception et de spécification. Par ailleurs, le principe d'égalité de traitement ancré à l'art. 2, let. c, LMP ne s'applique pas auxdites décisions, à moins qu'elles ne restreignent l'ouverture de la concurrence de manière inutile (cf. art. 30, al. 1, LMP: « nécessaires »; cf. ég. art. 30, al. 2, et al. 3, LMP), voire dans un esprit de discrimination, ou qu'elles aboutissent à une élimination de toute concurrence (cf., par analogie, art. 21, al. 2, let. c et let. e, LMP).

pérativement prévoir et vérifier dans leurs procédures d'adjudication (il en va autrement pour la condition de participation de l'art. 12, al. 2, 2^e phrase, LMP/AIMP 2019, que les adjudicateurs sont libres d'exiger ou non).

Le but légal de l'utilisation économiquement, écologiquement et socialement durable des deniers publics (art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019; cf. *supra* n. 49) ne change rien au constat qui vient d'être fait. Ce but ne crée en effet aucune obligation à la charge des pouvoirs adjudicateurs de concevoir et de spécifier leurs marchés publics d'une manière particulièrement durable. Cela est illustré en particulier à l'article 30, alinéa 4, LMP/AIMP 2019, qui habilite (« peut ») – mais n'oblige point – le pouvoir adjudicateur à établir des spécifications écologiques (allant au-delà du respect du droit de la protection de l'environnement visé à l'art. 12, al. 3, LMP/AIMP 2019). Or, le même constat vaut pour les spécifications visant l'aspect économique ou social du marché en question. S'il était très largement reconnu, sous l'empire de l'ancien droit et de son but d'économicité (art. 1, al. 1, let. c, aLMP; art. 1, al. 3, let. d de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 mars 2001¹⁹⁰), qu'en vertu du droit des marchés publics,¹⁹¹ les adjudicateurs n'étaient pas obligés de spécifier leurs marchés d'une manière particulièrement économique (que ce soit par rapport au prix ou à la qualité),¹⁹² sous le droit révisé, il

79

¹⁹⁰ AIMP 2001.

¹⁹¹ Certes, il était possible qu'une obligation de spécifier de manière particulièrement économique (qualité-prix) découle du droit général des finances publiques (cf., notamment, art. 1, al. 2, let. b [« usage économe et efficace des fonds publics »] et art. 57, al. 1, LFC [n.b.p. 197] [« utilisation judicieuse, rentable et économe des crédits »]). Toutefois, cela ne change rien au fait que, de son côté, le droit des marchés publics ne posait pas de telle obligation.

¹⁹² Message LMP, 1729: « L'objectif de l'utilisation économique des deniers publics ne donne pas aux soumissionnaires le droit de prétendre à l'achat de leur produit au motif qu'il s'agirait du « bon » produit »; ATF 137 II 313, c. 3.3.1: « Grundsätzlich definiert die Vergabestelle aufgrund ihrer Bedürfnisse, was sie beschaffen will; mit der submissionsrechtlichen Beschwerde kann deshalb nicht verlangt und erreicht werden, dass die Gerichte der Verwaltung vorschreiben, ein anderes Produkt zu beschaffen als dasjenige, das sie zu beschaffen beabsichtigt »; TAF B-7062/2017, 22 août 2019, c. 2.1; TAF 4387/2017, 8 février 2018, c. 3.2; TAF B-4743/2015, 9 décembre 2015, c. 4.1; TAF B-822/2010, décision incidente du 10 mars 2010, c. 4.2 (cité dans le Message LMP, 1729, n.b.p. 44): « Die Zielsetzung der wirtschaftlichen Verwendung der öffentlichen Mittel gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. c BÖB [...] [gibt] dem Anbieter keinen Rechtsanspruch darauf [...], die Beschaffung des «richtigen» Produkts zu erstreiten. »

convient de comprendre la disposition concernant le but de la législation sur les marchés publics (art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019) en ce sens que, sous réserve des conditions de participation impératives (cf. *supra* n. 65 ss et n. 78), ledit but n'oblige pas les adjudicateurs à adopter des spécifications visant à promouvoir la durabilité de leurs marchés.¹⁹³ À l'instar du recourant qui, sous l'ancien droit, ne pouvait pas faire valoir (avec succès) que l'adjudicateur planifiait une acquisition trop onéreuse ou de mauvaise qualité,¹⁹⁴ sous le droit révisé, les recourants ne sauraient, en invoquant le but du droit des marchés publics dans un recours, contraindre une entité adjudicatrice (qui respecte les dispositions légales concernant les conditions de participation impératives) à optimiser un aspect quelconque de la durabilité de son achat. Même si un adjudicateur public s'impose (resp., impose à ses autorités adjudicatrices) une stratégie d'achat durable, que ce soit par la législation sur l'organisation de l'État (cf. *infra* n. 81) ou par une décision de stratégie,¹⁹⁵ un tel acte ne crée aucun droit en faveur des soumissionnaires, mais uniquement des obligations internes à l'administration (non invocables par les soumissionnaires; cf. *infra* n. 82), qui se fondent sur les lois que les stratégies en question sont censées concrétiser.

80 Il n'en demeure pas moins qu'en dehors du droit des marchés publics se trouvent un grand nombre d'obligations, découlant du droit public spécial, qui contraignent les pouvoirs adjudicateurs à spécifier leurs acqui-

¹⁹³ Cf. ég. Message LMP, 1729 (avec n.b.p. 44): le Conseil fédéral semble préconiser de maintenir le principe (développé par la jurisprudence issue sous l'ancien droit; cf. *supra* n.b.p. 192) selon lequel les soumissionnaires ne peuvent (dans un recours) faire grief d'une spécification du marché prétendument contraire au but légal d'économicité (qui est devenu, dans le droit actuel, le but de durabilité).

¹⁹⁴ Cf. *supra* n.b.p. 192.

¹⁹⁵ Cf. en particulier la Stratégie (du Conseil fédéral) de mise en œuvre concernant la révision totale du droit des marchés publics 2021-2030 du 26 novembre 2020 (https://www.kbob.admin.ch/dam/kbob/fr/dokumente/Themen%20und%20Trends/revidiertes-beschaffungsrecht/Beschaffungsstrategie_Bund_Franz%C3%B6sisch_A4.pdf.download.pdf/Beschaffungsstrategie_Bund_Franz%C3%B6sisch_A4.pdf [visité le 5 avril 2024]), p. 13: « Les services d'achat et les services demandeurs formulent en principe des spécifications techniques, des critères d'aptitude et des critères d'adjudication appropriés, axés sur la durabilité et adaptés à l'objet du marché. »

sitions de façon particulièrement durable.¹⁹⁶ Par exemple, selon l'article 57, alinéa 1, de la Loi sur les finances de la Confédération du 7 octobre 2005¹⁹⁷, les unités administratives fédérales assujetties à cette loi (cf. art. 2, LFC) sont responsables « de l'utilisation judicieuse, rentable et économe des crédits qui leur sont attribués et des actifs qui leur sont confiés ». Il en résulte une obligation à la charge des entités concevant et spécifiant des marchés publics d'accomplir ces deux tâches de manière, notamment, économiquement durable. Par ailleurs, selon l'article 15, alinéa 1 et alinéa 2, de la Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 13 décembre 2002¹⁹⁸, la Confédération est obligée d'édicter des prescriptions tant sur l'aménagement des installations et des véhicules des transports publics que sur les mesures à prendre en faveur des personnes handicapées dans les constructions et installations qu'elle fait édifier ou subventionne. Cette règle légale oblige la Confédération (et les entités subventionnées) comme maître de l'ouvrage, ainsi que les adjudicateurs actifs dans les transports publics, à spécifier leurs acquisitions de manière à respecter le minimum légal d'accessibilité et d'inclusivité, respectivement de durabilité sociale (cf. art. 8, al. 1, et al. 2 de l'Ordonnance sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 19 novembre 2003¹⁹⁹ et art. 3 ss, de l'Ordonnance sur les aménagements visant à assurer l'accès des personnes handicapées aux transports publics du 12 novembre 2003²⁰⁰). Un constat analogue vaut, sous l'aspect écologique, notamment, pour l'article 45a, alinéa 1, de la Loi sur l'énergie du 30 septembre 2016²⁰¹, qui oblige tous les maîtres d'ouvrage (privés et publics) de nouveaux bâtiments d'une surface déterminante de construction supérieure à

¹⁹⁶ En sus des règles légales présentées ci-après, il sied de mentionner les art. 2, al. 2 et art. 73, Cst. (qui, selon l'opinion défendue ici et en dépit de leurs libellés, ainsi que de la place de l'art. 73 dans la structure de la Cst., doivent être interprétés dans une perspective contemporaine et englobent en ce sens tous les trois aspects du développement durable et non pas seulement celui écologique). Cf. à cet égard HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 146 et n. 150.

¹⁹⁷ LFC – RS 611.0.

¹⁹⁸ LHand – RS 151.3.

¹⁹⁹ OHand – RS 151.31.

²⁰⁰ OTHand – RS 151.34.

²⁰¹ LEne – RS 730.0.

300 mètres carrés à mettre en place (sur le toit ou la façade) une installation solaire. Là où elles s'appliquent, ces obligations restreignent la liberté de conception et de spécification accordée aux adjudicateurs par le droit des marchés publics.

- 81 Se trouvent également en dehors du droit des marchés publics à proprement parler (à savoir: le droit régissant la passation des marchés publics, tel qu'il est ancré à la LMP, à l'art. 5, LMI et à l'AIMP 2019) les dispositions du droit de l'organisation de l'État concernant les processus et décisions internes des autorités qui conçoivent, spécifient et effectuent des acquisitions publiques. Dans ce domaine, l'on trouve, selon le droit applicable, certaines obligations visant une spécification particulièrement durable des marchés publics (l'existence de ces règles spéciales témoigne du fait que le droit des marchés publics ne contient pas de telles obligations). À titre d'exemple, l'article 2, alinéa 2, lettre b, de l'Ordonnance concernant la gestion de l'immobilier et la logistique de la Confédération du 5 décembre 2008²⁰² oblige celle-ci à appliquer le « Standard Construction durable Suisse (SNBS²⁰³ Bâtiment) »²⁰⁴, à la création duquel elle a participé²⁰⁵ conformément à la disposition précitée (« création et application de normes fondées sur le développement durable en matière

²⁰² OILC – 172.010.21.

²⁰³ Il semble que, pour renforcer la marque, l'acronyme allemand pour « *Standard nachhaltiges Bauen Schweiz* » est utilisé par le Réseau Construction durable Suisse même pour la langue française; il en va de même de l'acronyme de ce réseau, à savoir: « NNBS », ce qui traduit « *Netzwerk Nachhaltiges Bauen Schweiz* ». Le phénomène « SUVA » se répand. Cela étant, l'existence de certaines dénominations d'organisations telles que « Travail.Suisse » (www.travailsuisse.ch/de; visité le 5 avril 2024) démontre que l'inverse est aussi possible.

²⁰⁴ Cf. www.snbs-batiment.ch (visité le 5 avril 2024).

²⁰⁵ Cf. www.kbob.admin.ch/kbob/fr/home/die-kbob/netzwerk-nachhaltiges-bauen-schweiz.html (visité le 5 avril 2024): « Le réseau Construction durable Suisse (NNBS) a été fondé en 2013, sur la base de la stratégie du Conseil fédéral pour le développement durable. L'association, soutenue par l'économie privée et les pouvoirs publics, coordonne et promeut le développement durable en Suisse en tant qu'organisation centrale. Elle travaille étroitement avec les acteurs concernés et les implique dans ses activités. Au début de l'année 2020, le NNBS comptait 143 membres issus des milieux économiques, de la formation et des pouvoirs publics [...]. Le NNBS fournit plusieurs instruments de travail de base pour la pratique de la construction durable. Nombre d'entre eux sont utilisables librement et gratuitement. Le Standard Construction durable Suisse Bâtiment (SNBS Bâtiment) est un instrument conforme à la pratique qui décrit les prestations en matière de durabilité. »

d'études, de construction, d'aménagement, de gestion, d'exploitation et de déconstruction »). Concrètement, les projets de construction des bâtiments fédéraux doivent être conformes au standard mentionné, ce qui engendre maintes conséquences aux niveaux de la conception et de la spécification des marchés publics concernés. À son article 8, alinéa 1 (*cum al. 2*), la Loi sur les marchés publics (canton de Fribourg) du 2 février 2022²⁰⁶ prévoit une obligation comparable concernant l'application du standard SNBS (ou équivalent) aux ouvrages publics du canton de Fribourg.²⁰⁷ Plus globalement, mais d'une manière pas moins ambitieuse, l'article 6a, alinéa 1 et alinéa 2, de l'Ordonnance sur l'organisation des marchés publics (canton de Berne) du 5 novembre 2014²⁰⁸ oblige les adjudicateurs assujettis au droit bernois à prévoir, dans leurs procédures d'adjudication, des spécifications techniques (cf. à cet égard *supra* n. 76) visant à favoriser « le caractère durable des prestations achetées » (al. 1).²⁰⁹ De surcroît, tant l'article 23a, lettre c, de l'Ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale du 24 oc-

²⁰⁶ LCMP/FR – RSF 122.91.1.

²⁰⁷ Il sied de noter que l'art. 8, al. 1, LCMP/FR (« L'État exige le respect des critères des labels environnementaux ou des écolabels pour ses propres marchés et pour ceux auxquels il participe financièrement ») relève du droit de l'organisation interne de l'État et non pas du droit des marchés publics à proprement parler (droit régissant la procédure d'adjudication et la concurrence entre les soumissionnaires), indépendamment du fait que cette disposition ait été intégrée dans un acte contenant principalement du droit des marchés publics à proprement parler. D'une part, ladite disposition contient une règle concernant les décisions stratégiques des pouvoirs publics en matière d'acquisition et non pas la procédure d'adjudication (il en va autrement des alinéas 2 à 4 de l'art. 8, LCMP/FR, dans la mesure où ces dispositions contiennent, entre autres, l'obligation d'admettre non seulement des certificats déterminés [p.ex., SNBS] mais aussi des états de fait équivalents: il s'agit ici de garantir l'égalité de traitement entre les soumissionnaires). D'autre part, le fait que l'obligation contenue à l'art. 8, al. 1, LCMP/FR ne s'étende pas à tous les adjudicateurs fribourgeois assujettis à l'art. 4, AIMP 2019, mais concerne uniquement le canton et certains projets subventionnés – impliquant en particulier que les communes fribourgeoises n'y sont pas liées – témoigne du fait qu'il s'agit d'une transposition d'une stratégie d'achat cantonale en une règle légale, respectivement d'une stratégie imposée au pouvoir exécutif par le pouvoir législatif. Or, le rang législatif de la règle ne détermine pas sa nature, qui relève de l'organisation interne de l'administration publique.

²⁰⁸ OOMP/BE – RSB 731.22.

²⁰⁹ Cf. pour un projet de loi modifiant l'art. 30, al. 4, LMP en ce sens que la prise en compte des aspects écologiques lors de la spécification deviendrait impérative *supra* n.b.p. 189.

tobre 2012²¹⁰ que l'article 9, LCMP/FR prévoient l'exploitation d'un « *controlling* » (Org-OMP), respectivement, ce qui est plus précis au vu de l'objet visé, d'un « *monitoring* » (LCMP/FR) concernant la durabilité (économique, écologique et sociale) des achats publics effectués. Il n'en découle peut-être pas d'obligation « dure » à la charge des entités adjudicatrices qui spécifient leurs marchés publics, mais certainement une obligation morale ainsi qu'un moyen de pression douce pour les autorités chargées de surveiller l'utilisation des fonds publics (du reste, il y a lieu de rappeler qu'il a été relevé que tant la législation de la Confédération que celle du canton de Fribourg prévoient une obligation de spécifier durablement; cf. art. 57, al. 1, LFC, art. 2, al. 2, let. b, OILC et art. 8, al. 1, LCMP/FR).

- 82 Il convient de préciser que, selon l'opinion défendue ici, les dispositions ne relevant pas du droit des marchés publics à proprement parler, mais appartenant au droit de l'organisation de l'État concernant les processus et décisions internes dans le contexte de l'achat public (cf. *supra* n. 81), ne créent des obligations qu'à l'interne des administrations visées et ne confèrent aucun droit aux soumissionnaires dans les procédures d'adjudication. Ce constat vaut indépendamment de la question de savoir si la règle d'organisation étatique concernée figure dans un acte séparé (p.ex., l'OILC ou l'Org-OMP; cf. *supra* n. 81) ou dans la loi ou l'ordonnance régissant (principalement) la procédure d'adjudication et la concurrence entre les soumissionnaires (p.ex., la LCMP/FR).²¹¹ Où qu'elles se trouvent, les règles concernant les décisions stratégiques en matière d'acquisitions publiques ne relèvent pas du droit des marchés publics à proprement parler, qui, de son côté, n'influe que très ponctuellement (cf. *supra* n. 20) sur les spécifications des marchés publics (cf. art. 12, al. 1-4, et art. 30, LMP²¹²/AIMP 2019) et qui, sous cette réserve, ne s'occupe pas de la question « quoi acheter ? » (cf. *supra* n. 79). Ainsi, les soumission-

²¹⁰ Org-OMP – RS 172.056.15.

²¹¹ Cf. ég. *supra* n.b.p. 207.

²¹² Cf. *supra* n.b.p. 189: si la LMP était modifiée en ce sens que les adjudicateurs seraient *obligés* par la loi de prendre en compte les aspects écologiques de leur marché (production et produit), la question se poserait de savoir dans quelle mesure les soumissionnaires peuvent le cas échéant s'en prévaloir. Selon l'opinion défendue ici, même en cas de modification de la loi, la prise en compte des aspects écologiques dans le cadre des spécifications ne peut pas être invoquée par les soumissionnaires (potentiels ou actuels), sous réserve du grief de la discrimination, qui peut être formulé à

naires ne sauraient demander, dans le cadre d'un recours en matière de marchés publics (art. 52 ss, LMP/AIMP 2019; art. 9, LMI), que l'adjudicateur respecte les obligations concernant la conception et la spécification découlant du droit de l'organisation de l'État discutées ci-avant (*supra* n. 81). La raison est que ces dispositions n'ont pas été édictées dans un souci d'égalité de traitement des entreprises participant à une procédure d'adjudication. Elles régissent les stratégies d'achat des adjudicateurs, qui ne sont pas justiciables dans le cadre du recours en matière de marchés publics, conformément à la jurisprudence rendue sous l'ancien droit quant au principe d'économicité,²¹³ qui garde toute sa valeur sous le droit révisé (cf. *supra* n. 79).

Toujours selon l'opinion défendue ici,²¹⁴ un constat analogue doit être fait en ce qui concerne les dispositions légales du droit public spécifique qui influent sur la spécification des marchés publics, comme celles de la LHand ou de la LEne (cf. *supra* n. 80): la violation de ces dispositions ne saurait être invoquée (avec succès) dans un recours en matière de marchés publics (art. 52 ss, LMP/AIMP 2019; art. 9, LMI). Il incombe exclusivement à l'adjudicateur de respecter les règles légales découlant du droit public spécifique et influant sur la spécification de ses marchés publics, et il lui incombe le cas échéant d'endosser les conséquences, prévues par la législation spéciale, si l'un de ses projets ou services enfreint lesdites règles.²¹⁵ Celles-ci s'adressent, selon le cas, à l'adjudicateur

83

l'encontre de n'importe quelle spécification (cf. art. 30, al. 1-3, LMP et art. X:1-5, AMP 2012), ainsi que du grief du non-respect de l'art. 12, al. 1-4 (spéc. al. 3), LMP.

²¹³ Cf. *supra* n.b.p. 192.

²¹⁴ D'un autre avis (du moins potentiellement) ROTH (2020), art. 56, LMP/AIMP 2019 n. 20: cet auteur ne discute pas spécifiquement la question de l'invocation, par un soumissionnaire-recourant, d'une loi régissant la manière dont le propriétaire d'un ouvrage ou le responsable d'un service doit construire l'ouvrage ou fournir le service, mais il retient que, dans une procédure de recours en matière de marchés publics, selon le texte des art. 55, LMP, art. 37, de la Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (LTAF – RS 173.32) et 49, let. a, de la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA – RS 172.021), le soumissionnaire-recourant peut invoquer toute sorte de violation du droit fédéral.

²¹⁵ Cf. TAF B-6588/2018, décision incidente du 4 février 2019, c. 5.3: «*Ob die Vergabestelle nach dem Zuschlag und Vertragsabschluss das von ihr gewünschte Projekt auch ausführen lassen kann oder ob der Ausführung allenfalls urheberrechtliche, zonenplanerische, nachbarrechtliche oder andere Gründe entgegenstehen, ist eine Frage, über welche gegebenenfalls der Zivilrichter oder die Baubehörden zu entscheiden haben werden.*» – D'un autre avis toutefois TAF B-2457/2020, 23 août

2021, c. 4.3: dans cet arrêt, le Tribunal administratif fédéral vérifie si la délégation litigieuse d'une tâche publique repose sur une base légale suffisante (art. 178, al. 3, Cst.) et ce, en dépit du fait que la réponse à cette question n'affecte aucunement la concurrence entre les soumissionnaires, respectivement l'égalité de traitement entre ceux-ci, étant donné que, si un appel d'offres est annulé en raison du fait qu'une délégation de la tâche litigieuse ne reposerait pas sur une base légale suffisante, ladite tâche continue à être accomplie par l'État lui-même, et aucune entreprise privée n'est avantagée ni désavantagée; ainsi, des questions d'intérêt digne de protection sont soulevées (cf. pour une critique de l'arrêt cité: BEYELER [2022], commentaire du n° 22). Il n'est pas concevable que le recours fondé sur le droit des marchés publics puisse avoir pour but de permettre à des entreprises privées d'empêcher qu'un contrat soit passé avec un acteur de l'économie privée. Par conséquent, le grief selon lequel un appel d'offres concernant la délégation d'une tâche publique doit être annulé en raison du fait qu'une telle délégation manque de base légale ne doit être entendu dans une procédure de recours fondée sur les art. 52 ss, LMP/AIMP 2019, resp., sur l'art. 9, LMI. – La I^{re} Cour de droit social du Tribunal fédéral est également d'un autre avis. Dans l'ATF 145 V 255 (cf. en particulier c. 7), sur recours de la SUVA, le Tribunal fédéral annule une décision d'adjudication fondée sur l'AIMP 2001 et prononcée par une commune en faveur d'une compagnie d'assurance privée. La raison est que le Tribunal fédéral constate que les employé-e-s de ladite commune sont assuré-e-s *ex lege* auprès de la SUVA, si bien que, selon le Tribunal fédéral, la procédure d'adjudication visant la conclusion d'un contrat avec une compagnie d'assurance privée (ou avec la SUVA en tant qu'actrice de l'économie libre) n'aurait simplement pas dû avoir lieu (arrêt cité, c. 7: «*La procedura non si sarebbe più dovuta svolgere del tutto*»). Le tribunal en déduit que l'adjudication est contraire au droit et annule celle-ci ainsi que le jugement cantonal attaqué, qui l'avait encore confirmée. Or, selon l'opinion défendue ici, à supposer même que la conclusion, par une entité assujettie au monopole de la SUVA, d'un contrat d'assurance-accidents avec une compagnie d'assurance privée soit constitutive d'une violation de la législation sur les assurances sociales, le fait de lancer un appel d'offres et d'adjuger un marché dans une telle situation n'est pas pour autant contraire à la loi. Il incombe à l'adjudicateur public de respecter la législation applicable, mais du moment que l'adjudication ne l'oblige pas à conclure un contrat quelconque (ATF 129 I 410, c. 3.4), ni l'appel d'offres ni l'adjudication visant un contrat dont la conclusion est totalement ou partiellement interdite (ce qui entraîne le cas échéant la nullité du contrat) n'est contraire au droit des marchés publics. Le recours en matière de marchés publics ne sert pas à vérifier l'ensemble des normes de droit public qui s'appliquent au marché envisagé; les recourants ne sauraient se prévaloir de prétendues violations du droit public spécifique lorsque cela n'affecte pas l'égalité de traitement dans la procédure d'adjudication (cela dit, dans le cas de l'ATF 145 V 255, la SUVA n'entendait pas être traitée selon le principe d'égalité de traitement, mais invoquait son monopole, respectivement son droit à un traitement exclusif découlant de la Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 [LAA – RS 832.20]). – Le besoin de cohérence inhérent à l'ordre juridique ne plaide d'ailleurs pas pour une absorption, par la procédure de recours en matière de marchés publics, de toute sorte de griefs tirés de l'allégation des violations du droit public spécifique qui n'ont aucun lien avec l'égalité de traitement dans la procédure d'adjudication. L'inverse est vrai.

en son rôle de propriétaire d'un ouvrage, ou de responsable du service public en question, et n'ont pas pour but, contrairement au droit des marchés publics, de préserver les intérêts des soumissionnaires impliqués dans une procédure d'adjudication concernant ce projet ou service. Cela s'illustre notamment par le fait que les articles 7 ss, LHand (cf. *supra* n. 80) prévoient des procédures spécifiques pour la protection juridique des droits des personnes que cette loi a pour but de protéger. Ces voies de droit ne sont ouvertes qu'aux personnes légitimées selon les articles 7 ss, LHand. Pour sa part, l'article 45a, alinéa 1, LEne (cf. *supra* n. 80) est mis en œuvre dans les procédures d'autorisation de construire (y compris les procédures de recours). Il n'appartient pas à l'instance de recours en matière de marchés publics de connaître des questions qui peuvent faire l'objet des procédures prévues par la législation spéciale concernant les ouvrages ou services pour lesquels un marché public doit être adjugé.²¹⁶ En effet, se rallier à un avis contraire pourrait conduire à des situations juridiques incohérentes. Il suffit d'imaginer un cas dans lequel, en vertu de la LHand, l'instance de recours en matière de marchés publics astreint un adjudicateur à adapter son projet de construction mis en soumission. Si, pendant ou après la réalisation de l'ouvrage, une personne légitimée (cf. art. 7 ss, LHand) a gain de cause devant l'instance

Dans le cas dont traite l'arrêt TF 8C_600/2014, 27 mars 2015, afin de faire valoir son monopole, la SUVA avait agi tant par la voie du recours en droit des marchés publics que par celle de la décision fondée sur la LAA, et c'est dans la procédure concernant cette dernière qu'elle a eu gain de cause au Tribunal fédéral (qui ne s'est pas prononcé dans cette procédure sur la question de la conformité au droit de l'exclusion et de l'adjudication, fondées sur le droit des marchés publics, que la SUVA avait attaquées devant l'instance cantonale compétente). Selon l'opinion défendue ici, l'application de la LAA doit être vérifiée dans une procédure fondée sur cette loi (cf., par analogie, la décision incidente du TAF B-6588/2018 précitée) et ne doit pas faire l'objet d'une procédure de recours en matière de marchés publics. Le fait que la SUVA soit arrivée à mettre en œuvre son interprétation de la LAA dans une procédure fondée sur cette loi (TF 8C_600/2014, 27 mars 2015) démontre qu'il s'agit d'un parallélisme inutile et potentiellement dangereux pour la cohérence de l'ordre juridique si le grief de la violation de la LAA est entendu dans le cadre d'un recours en matière de marchés publics (ATF 145 V 255). En effet, dans ce cas, il se peut que plusieurs décisions contradictoires soient rendues.

²¹⁶ Cf. ég. TAF B-6588/2018, décision incidente du 4 février 2019, c. 5.3 (cf. pour la citation *supra* n.b.p. 215). Selon cette décision, un recourant ne saurait, dans le cadre d'un recours en matière de marchés publics, faire valoir des droits ou obligations que l'adjudicateur est selon lui en train d'enfreindre, lorsqu'il est prévu qu'une autre procédure judiciaire (civile ou administrative) porte sur le contrôle de ceux-ci.

compétente en invoquant le caractère discriminatoire de l'ouvrage (cf. art. 2, al. 2 et al. 3, LHand), qui est pourtant conforme à la décision de l'autorité de recours en matière de marchés publics, l'adjudicateur se trouve dans une impasse juridique inacceptable.

IV. Des buts du droit des marchés publics et du marché public

Thèse n° 4 :

Tandis que le droit des marchés publics, sous quelque forme qu'il existe, s'inscrit toujours dans la poursuite de certains buts politiques, le marché public concret qu'une autorité adjudicatrice passe dans un cas d'espèce a pour but exclusif de couvrir de manière optimale et durable des besoins issus de l'accomplissement d'une tâche concrète. C'est en visant l'atteinte de ce but de son marché que l'autorité adjudicatrice contribue, dans le sens d'un effet secondaire, aux buts politiques qui sous-tendent la législation sur les marchés publics. L'instrumentalisation d'un marché public concret aux fins de la poursuite de buts politiques non liés à la couverture optimalement durable des besoins en cause est contraire au droit tant qu'elle ne repose pas sur une base légale spécifique.

- 84 La quatrième thèse traite de la mesure dans laquelle la poursuite de certaines politiques peut, d'une manière conforme au droit, influencer sur le domaine des marchés publics.

A. Les buts de la législation en matière de marchés publics

- 85 Une législation étant toujours l'expression de choix pris dans le cadre de la poursuite de certains buts politiques, aucun droit des marchés publics ne peut exister sans s'inscrire dans la poursuite de l'une ou l'autre politique. Quel que soit son contenu concret à un moment donné, le droit des marchés publics consacre ainsi des décisions politiques concernant les effets souhaités (du point de vue des organes compétents) des marchés publics, notamment pour l'État (resp., pour les tâches accomplies à l'aide des prestations acquises) et pour la société, y compris le secteur de l'économie privée, ainsi que pour l'équilibre écologique. En ce sens, par ses règles, le droit des marchés publics donne nécessairement l'une ou

l'autre orientation politique au domaine factuel des marchés publics, pris dans son ensemble.

Comme il sera démontré ci-après (*infra* n. 87 ss, n. 94 ss, n. 101 ss et n. 106 ss), au cours de son histoire, le droit des marchés publics avait probablement toujours comme but de favoriser un investissement optimal des fonds publics – ce qui a changé au fil du temps, ce sont la compréhension de la notion d'« optimal », les manières d'arriver à un marché public optimal et le traitement des conséquences de la passation des marchés. Les chapitres suivants, qui, sans vouloir être exhaustifs, traitent des législations en matière de marchés publics du vingtième et du début du vingt-et-unième siècle (y compris le droit révisé récemment), visent à illustrer et à analyser ces évolutions. 86

1. *Au début du vingtième siècle*

À titre d'exemple d'un acte législatif du début du vingtième siècle, l'on peut citer l'Ordonnance sur les marchés publics du Grand Conseil (pouvoir législatif) du canton des Grisons du 28 mai 1919,²¹⁷ qui se trouvait très probablement parmi les premières législations suisses en matière de marchés publics ayant été adoptées par le pouvoir législatif (et non pas par l'exécutif; cf. *infra* n. 99]). 87

Il ressort de l'article 1^{er} de l'Ordonnance précitée (ci-après: l'ordonnance) qu'en principe, les marchés de travaux et de fournitures doivent être adjugés sur la base d'une « concurrence générale » (« *allgemeiner Wettbewerb* ») ouverte par un appel d'offres public, tandis que les articles 2 et 3 de l'ordonnance prévoient des situations dans lesquelles la procédure sur invitation ou de gré à gré est permise (notamment, il s'agit des marchés de petite valeur, des cas d'urgence et des compléments mineurs apportés à des marchés adjugés sur la base d'un appel d'offres). Selon l'article 4 de l'ordonnance, les contrats à prix unitaires (dans lesquels la rémunération du prestataire est déterminée en fonction des quantités effectivement fournies) doivent constituer la règle, et un prix forfaitaire n'est admissible qu'exceptionnellement, « lorsque l'ensemble des caractéristiques de l'objet de l'appel d'offres peut être annoncé de 88

²¹⁷ Submissionsverordnung, vom Grossen Rat erlassen am 28. Mai 1919. – Dans l'archive cantonale grisonnaise, cet acte porte les cotes « VIII 4 e – VIII 4 f 1 » et « VIII 4 f 2 ».

manière précise » (« *wenn der Gegenstand der Ausschreibung in allen seinen Eigenschaften genau bekannt gegeben werden kann* »).

- 89 Concernant le choix de l'adjudicataire, l'article 13, alinéa 1 et alinéa 2 de l'ordonnance dispose que l'adjudication doit être prononcée en faveur « d'une offre » (« *ein Angebot* ») qui garantit la fourniture correcte des prestations et prévoit en même temps un « prix digne d'être considéré » (« *preiswürdig* »). Selon la disposition précitée, un prix est « digne d'être considéré » s'il apparaît comme adapté aux prestations demandées, ce qui est le cas lorsqu'il n'est pas « excessif » (« *übersetzt* ») et qu'il garantit de procurer au prestataire un « bénéfice mesuré » (« *angemessener Verdienst* »). Pour le cas où plusieurs offres remplissent ces conditions et sont « à peu près équivalentes » (« *ungefähr gleichwertig* »), l'article 14 de l'ordonnance dispose que, tout en considérant leur habilitation²¹⁸ et leurs capacités (« *unter Berücksichtigung der Tüchtigkeit und der Leistungsfähigkeit* »), la priorité doit être accordée en premier lieu aux soumissionnaires sis dans le canton des Grisons et en deuxième lieu aux entreprises des autres cantons suisses, tandis que des offres provenant de l'étranger ne peuvent être retenues que lorsque d'autres offres valables (techniquement et financièrement) ne peuvent être obtenues.
- 90 Les articles 17 à 22 de l'ordonnance sont dédiés à la « protection des ouvriers » (« *Arbeiterschutz* » ; titre du chap. VI.). Entre autres, ces dispositions prévoient l'obligation de respecter les conditions de travail usuelles (le cas échéant, selon une convention collective) au lieu de la prestation, en particulier concernant les salaires, les heures supplémentaires et le travail de nuit ou du dimanche (art. 17 s.). Elles contiennent de surcroît l'obligation de payer les salaires en principe toutes les deux semaines et ce, « non pas dans un établissement gastronomique » (« *Die Auszahlung des Lohnes soll, wo nichts anderes vereinbart ist, alle 14 Tage erfolgen; dieselbe darf nicht in einer Wirtschaft stattfinden* » ; art. 19, 1^{ère} phrase). Il convient de mentionner dans ce contexte que la deuxième phrase de l'article 19 de l'ordonnance attribue aux pouvoirs adjudicateurs assujettis le droit de payer directement les salaires dus aux ouvriers en cas de demeure de leur employeur (qui peut être le presta-

²¹⁸ Le terme allemand « *Tüchtigkeit* » n'est pas facile à traduire. Une personne qui répond à cette vertu effectue son travail de manière à la fois douée et assidue (cf. www.duden.de/rechtschreibung/tuechtig [visité le 5 avril 2024]: « *tüchtig: seine Aufgabe mit Können und Fleiss erfüllend* »).

taire ou son sous-traitant). En outre, des obligations en matière d'accidents et de santé sont mis à la charge des soumissionnaires (art. 20 s.). Finalement, les pouvoirs adjudicateurs se voient confier le droit de recevoir des plaintes des ouvriers et de contrôler le respect des règles en matière de protection des travailleurs (art. 22).

Sur la base de ce tour d'horizon effectué dans l'ordonnance grisonne de 1919, qui prévoit encore bien d'autres règles intéressantes – et en dépit du fait que ladite ordonnance ne contienne pas de disposition dédiée expressément aux buts de la loi – l'on peut conclure que la législation de l'époque (à tout le moins dans le canton des Grisons) exprimait et concrétisait en premier lieu l'intention de poursuivre des buts liés à l'économie de gestion. Ce constat découle en particulier du principe de la concurrence (cf. *supra* n. 88) et de la règle sur l'adjudication (cf. *supra* n. 89), qui tend à éviter des soumissionnaires inaptes, cherche à assurer la bonne exécution des prestations en laissant au prestataire un bénéfice adéquat, et oblige le pouvoir adjudicateur de veiller en même temps à ne pas convenir de rémunérations excessives. Par ces critères, la législation vise une optimisation tant de la qualité que du prix de la prestation acquise. Il en va de même de la disposition interdisant en principe les prix forfaitaires (cf. *supra* n. 88), qui présentent un danger pour les finances de l'adjudicateur s'ils sont excessifs, et, à l'inverse, un danger pour la qualité des prestations acquises s'ils sont trop bas. 91

En même temps, l'on trouve dans l'ordonnance grisonne des considérations d'économie politique et ce, sous forme de protectionnisme; tel est le cas de l'article 14 qui établit un ordre de priorités géographiques pour le cas où plusieurs offres acceptables sont à peu près équivalentes, et contient une interdiction (non absolue) de l'achat public auprès de fournisseurs étrangers (cf. *supra* n. 89). De plus, il semble raisonnable de penser que la règle qui vient d'être évoquée, selon laquelle il y a lieu de n'adjudger qu'à des offres proposant des prix permettant au soumissionnaire de s'attendre à un bénéfice adéquat (art. 13, al. 2; cf. *supra* n. 89), n'a pas seulement pour but de rendre plus probable une exécution conforme au contrat (qualité et délais) et moins probable une faillite ou d'autres problèmes (p.ex., de qualité), ce qui constitue un but relevant de l'économie de gestion. En effet, selon toute vraisemblance, cette règle vise également à permettre à l'économie privée (cantonale et, subsidiairement, nationale; cf. *supra* n. 89) de prospérer de manière mesurée. Or, 92

à long terme, cela a des répercussions (positives ou négatives ; la question peut ici rester ouverte) sur les intérêts économiques des pouvoirs adjudicateurs, qui ont besoin d'une économie privée apte à leur fournir les prestations qu'ils entendent acquérir. Ici, les buts d'économie de gestion se confondent donc avec des buts d'économie politique. Cela dit, la règle selon laquelle des prix excessifs sont à éviter (cf. *supra* n. 89) poursuit probablement le seul but de ne pas gaspiller les fonds publics. Et, pour leur part, les règles sur la protection des ouvriers (cf. *supra* n. 90) s'inscrivent sans doute dans le cadre de la poursuite d'une politique sociale cherchant à protéger les intérêts des travailleurs face à leurs employeurs, qui sont généralement plus puissants. Or, le droit des pouvoirs adjudicateurs de payer directement les salaires des ouvriers (impliqués dans un marché public) dont l'employeur est en demeure (cf. *supra* n. 90) ne sert pas qu'aux intérêts des employés, mais également, voire en premier lieu, à l'intérêt économique de l'adjudicateur qui entend assurer la continuité de l'exécution des prestations dont il a besoin.

- 93 En somme, s'il est vrai que l'ordonnance ne traite pas de l'aspect écologique, les aspects économique (économie de gestion et économie politique) et social du développement durable y sont déjà présents, même si les instruments et buts concrets sont différents, du moins en partie, de ceux qui dominent aujourd'hui le droit des marchés publics. Cela étant, la plupart des dispositions de l'ordonnance s'inscrit dans la poursuite du but de l'optimisation économique (qualité et prix) du marché.

2. Les années 1980

- 94 En 1988, la Commission suisse des cartels (remplacée par la Commission de la concurrence en 1996 ; art. 18, al. 1 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995²¹⁹) a publié un rapport détaillé sur les règles et pratiques appliquées en matière de marchés publics de la Confédération, des cantons et des communes.²²⁰ Ledit rapport faisait suite à un précédent rapport, publié en 1967 et ayant pour objet les entraves à la libre concurrence engendrées par les règles et pratiques observées en matière d'adjudication de tra-

219 LCart – RS 251.

220 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 155 ss.

vaux et de fournitures et d'attribution de concessions.²²¹ Il s'agissait de vérifier dans quelle mesure les recommandations publiées dans le premier rapport avaient trouvé un écho positif dans la réalité des marchés publics suisses.²²² En fait, pendant les années 1970, la commission avait constaté que « durant la récession, plusieurs cantons avaient abandonné leur pratique d'adjudication libérale au profit d'une attitude empreinte de protectionnisme local ou régional ».²²³ Si, à la suite des recommandations publiées en 1967, « la Confédération et un certain nombre de cantons et communes ont d'abord libéralisé leurs régimes des adjudications dans le sens des recommandations de la Commission des cartels », cette « évolution a toutefois été enrayée par la récession du milieu des années soixante-dix », et les « mesures de libéralisation engagées ont été en partie annulées ».²²⁴ Et, en dépit de la situation conjoncturelle généralement favorable de la fin des années 1980, le protectionnisme continuait à dominer l'adjudication des marchés publics suisses.²²⁵ Comme elle était convaincue que les « tendances protectionnistes ne doivent pas se répandre dans notre pays »,²²⁶ la commission a entrepris durant les années 1980 l'effort de mener une nouvelle enquête et d'émettre encore une fois des recommandations.²²⁷ Pour l'essentiel, elle s'est prononcée (tant en 1967²²⁸ qu'en 1988²²⁹) « en faveur de l'adjudication à l'offre représentant le prix le plus bas compte tenu de la qualité ».²³⁰ Cette offre devait être recherchée, en principe, dans le cadre d'un appel d'offres

221 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 159. Le rapport de 1967 avait été publié in : Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix 1967, p. 183 ss.

222 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 159 s.

223 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 159.

224 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 257.

225 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 236 et p. 257.

226 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 257.

227 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 257.

228 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 257.

229 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 296 (n° 13).

230 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 257.

public, accessible à toute entreprise²³¹ intéressée,²³² et sans que des règles ou pratiques protectionnistes ne soient appliquées.²³³

- 95 En synthèse, les règles concernant les adjudications publiques que la Commission suisse des cartels a relevées en 1988 prévoyaient des procédures d'adjudication concurrentielles à partir de certains montants (valeur-seuils)²³⁴ et le critère d'adjudication principal était en général le prix de l'offre, tandis que divers autres critères étaient appliqués en complément.²³⁵ Or, le protectionnisme n'était point interdit, mais imposé,²³⁶ et ce de manière souple ou dure : si la majorité des règlements ne prévoyait de préférence régionale ou locale que sous forme de critères d'adjudication secondaires (applicables, selon le règlement, en cas d'équivalence ou

231 Cf. COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 249 ss, p. 291 s., p. 293 s. et p. 295 s. (nos 2, 3 et 7) : cela concernait en premier lieu les entreprises suisses. En ce qui concerne les entreprises étrangères, seule la Confédération était à l'époque juridiquement obligée, en vertu de traités internationaux, d'ouvrir certains marchés publics à la concurrence internationale.

232 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 295 (nos 1-6).

233 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 296 s. (nos 10, 12 et 17-18).

234 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 240 s. et p. 243.

235 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 219 ss et p. 226 ss. Parmi ces critères se trouvaient en particulier la qualité des prestations offertes ou des prestations antérieures, le taux d'occupation de l'entreprise soumissionnaire, le nombre d'adjudications reçues dans le passé proche, le lieu du siège de l'entreprise ainsi que les domiciles voire les nationalités (préférence pour les suisses) de ses employés, l'utilisation de matières premières et de produits indigènes, la moralité fiscale, la création et le maintien d'emplois dans le canton, le nombre d'emplois offerts (maintenus) pendant l'hiver, les emplois offerts à des personnes ayant un handicap, et enfin la formation des apprentis.

236 Cf., *pars pro toto*, pour le raisonnement fondant le protectionnisme, la prise de position du chef du bureau cantonal des soumissions du canton de Bâle-Ville, adressé à la Commission suisse des cartels dans le cadre des études de celle-ci (COMMISSION SUISSE DES CARTELS [1988], p. 232) : « Des fournisseurs et entreprises industrielles (briques, ciment, bois, fer, etc.) sont établis dans quasiment tous les cantons. Ils manquent presque totalement dans le canton de Bâle-Ville. En règle générale [...], la relation entre les coûts de matériel et de travail est paritaire. Cela signifie qu'environ la moitié des coûts de construction sont importés d'autres cantons sous forme de livraisons de matériel. Il nous semble donc raisonnable du point de vue de l'ensemble de l'économie qu'au moins les pures prestations de travail soient réservées aux entreprises de construction bâloises. » Cf. en outre la prise de position du Directeur des constructions cantonales schaffhousois, selon laquelle (dans les termes de la commission) « on a veillé dans une plus large mesure ces dix dernières années à faire appel dans la mesure du possible aux entrepreneurs locaux. Cette démarche est fondée sur la situation particulière du canton en tant que région extrêmement marginale. »

de quasi-équivalence²³⁷ des meilleures offres ou généralement pour choisir entre toutes les offres dont le prix était jugé convenable),²³⁸ certaines ordonnances et directives exigeaient des adjudicateurs d'exclure d'emblée tous les soumissionnaires ne provenant pas du périmètre géographique défini, que ce soit au titre d'une condition d'admission²³⁹ ou d'un motif d'exclusion.²⁴⁰

S'y ajoutaient d'autres règles poursuivant des buts d'économie politique. 96 Notamment, la répartition équitable des marchés entre les différentes entreprises (à savoir, une alternance entre les entreprises offrant les mêmes prestations, ainsi qu'entre les différents produits de différents fabricants) était un principe important,²⁴¹ et selon certaines règles, l'adjudicateur était tenu de ne pas passer le marché à une entreprise dont les capacités étaient déjà pleinement occupées.²⁴² En outre, et surtout au niveau fédéral, la prise en compte des régions défavorisées du pays jouait un grand rôle.²⁴³

Les règles des années 1980 traduisaient également des considérations de 97 politique sociale.²⁴⁴ Très généralement, les adjudicateurs étaient obligés de ne retenir aucune offre provenant d'une entreprise qui ne respectait pas les conventions collectives de travail et les usages (locaux²⁴⁵).²⁴⁶ De plus, certains règlements prévoyaient des préférences en faveur du tra-

²³⁷ Cf. COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 228 s. et p. 231 : la décision sur la question de savoir si deux offres étaient presque équivalentes (ou « identiques ») ouvrait une marge d'appréciation considérable aux adjudicateurs, à moins qu'il n'existât des règles spécifiques définissant des fourchettes à l'intérieur desquelles deux prix étaient réputés équivalents.

²³⁸ COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 220 ss, p. 224 ss, p. 230 ss et p. 235 ss.

²³⁹ COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 197 ss, p. 221, p. 232 et p. 270 s.

²⁴⁰ COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 200, p. 204.

²⁴¹ COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 182 s., p. 220, p. 222, p. 240, p. 245 et p. 262 s. Cf. en outre op. cit., p. 246 : dans le domaine des marchés d'imprimerie, en cas d'offres égales, le canton de St-Gall prévoyait de privilégier les entreprises qui imprimaient également un organe de la presse d'opinion.

²⁴² COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 205.

²⁴³ COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 180 s.

²⁴⁴ COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 180, p. 221 et p. 223.

²⁴⁵ COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 188 et p. 274.

²⁴⁶ COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 198, p. 204.

vail à domicile et de celui des personnes ayant un handicap.²⁴⁷ En outre, l'on pouvait même rencontrer des critères d'adjudication (secondaires) tels que « l'attitude sociale et le style de direction de l'entreprise »²⁴⁸ ainsi que la création d'emplois dans le canton et la formation des apprentis.²⁴⁹

- 98 Il sied de relever par ailleurs que le canton d'Argovie prévoyait un critère d'adjudication secondaire concernant les « atteintes possibles à l'environnement »²⁵⁰ (« *mögliche Umweltbelastung* »²⁵¹) et qu'en matière d'achats (fournitures), la Confédération décida en 1980 de créer « une situation de concurrence en tenant autant que possible compte, dans l'intérêt général de la Confédération, des moyens de transport publics. Pour les transports dans le pays, on donnera la préférence aux chemins de fer, si la nature de la marchandise s'y prête et qu'il se révèle plus favorable compte tenu des intérêts généraux de la Confédération ».²⁵² De plus, elle s'engagea à prendre en charge les frais de l'utilisation (par ses fournisseurs) du système Cargo domicile des CFF, de façon que les frais de transport n'étaient pas pris en compte lors de l'évaluation des offres,²⁵³ ce qui conduisit à une égalisation des soumissionnaires quant à la distance entre le lieu de leur production et le lieu de livraison, respectivement, à une favorisation des soumissionnaires provenant de régions relativement périphériques. Cela étant, le choix stratégique des chemins de fer comme moyen de transport préféré était sans doute lié, à la base, au but d'alléger quelque peu le déficit chronique des CFF de l'époque par le biais des marchés publics. C'est en ce sens notamment qu'il y a probablement lieu de comprendre les « intérêts généraux de la Confédération » précités. Il n'est toutefois pas exclu que certaines considérations environnementales aient en outre contribué audit choix.
- 99 Il est par ailleurs intéressant de noter qu'à l'époque, la plupart des règles concernant les marchés publics n'étaient pas contenues dans des lois au sens formel (lois parlementaires), mais uniquement dans des actes du

247 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 180, p. 223.

248 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 221.

249 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 223.

250 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 228.

251 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 75.

252 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 242.

253 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 242.

pouvoir exécutif (cf. pour une exception *supra* n. 87).²⁵⁴ Cela étant, au vu de l'augmentation (plutôt lente) des règles parlementaires concernant les marchés publics,²⁵⁵ certains exécutifs contestaient même que le pouvoir législatif eût le droit d'édicter des règles dans ce domaine.²⁵⁶

L'on peut retenir de ce qui précède que le droit des marchés publics en vigueur quelques années avant la révision profonde des années 1990 (cf. n. *infra* 101 ss) – lors de laquelle la concurrence nationale et internationale fut intensifiée et un droit de recours²⁵⁷ introduit²⁵⁸ – s'inscrivait dans la poursuite du but de l'optimisation du marché (surtout du côté du prix) dans le cadre de la concurrence,²⁵⁹ mais contenait en même temps des règles limitant très sensiblement ladite concurrence.²⁶⁰ Si la Commission suisse des cartels ne s'opposait en principe pas aux restrictions de la concurrence résultant de la lutte contre la concurrence déloyale et des exigences de politique sociale en matière de droit du travail,²⁶¹ dans son rapport de 1988, elle a très vivement critiqué toute règle et pratique protectionniste²⁶² et a préconisé un marché intérieur suisse dans le sens d'une « LMI avant la lettre ». ²⁶³

254 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 163 et p. 192 s.

255 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 164.

256 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 164. Selon la commission, la remise en question de la compétence du pouvoir législatif d'édicter des règles sur les marchés publics était « de plus en plus » fréquente (op. cit., p. 164).

257 Cf. par rapport au droit des années 1980 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 168 ss, p. 173 s. et p. 268 ss (spéc. p. 268 : « la protection juridique des soumissionnaires n'est pas fameuse dans la procédure de soumission des commandes publiques. Les cantons qui prévoient expressément la possibilité d'une plainte administrative formelle se comptent sur les doigts d'une main »).

258 Art. XX, AMP 1994; art. 27, al. 1, aLMP; Art. 15, al. 1, AIMP 1994. Cf. Message 1 GATT, 39; Message 2 GATT, 1196 et 1197.

259 Cf. ég. COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 177, p. 219 : « La plupart des ordonnances de soumission retiennent soit le principe des prix convenables, soit celui de l'offre la plus avantageuse. L'offre la plus avantageuse n'est pas nécessairement celle dont le prix est le plus bas. On définit souvent les prix convenables comme ceux qui sont en rapport «équitable» avec les prestations fournies. »

260 Cf. ég. COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 177 ss.

261 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 271 et p. 273 ss.

262 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 230 ss, p. 257, p. 264 s., p. 270 s., p. 274 s. et p. 286 ss.

263 COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 274 s.

3. *À la fin du vingtième siècle*

101 Le droit des marchés publics des années 1990, fondé sur l'AMP 1994 et en vigueur à partir de 1996, poursuivait quant à lui également des buts d'économie de gestion, d'économie politique et sociaux. Il ressort des articles 1, alinéa 1, lettre c, aLMP, 1, alinéa 3, lettre d de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994²⁶⁴ et 1, alinéa 3, lettre d, AIMP 2001 que la législation de cette époque visait une utilisation « économique » (LMP; resp., « parcimonieuse » selon l'AIMP) des « fonds publics » (LMP; resp., « deniers publics » selon l'AIMP). Ce but d'économie de gestion se concrétisait avant tout dans l'obligation d'adjuger le marché à l'offre la plus avantageuse économiquement (art. 21, al. 1, aLMP; art. 13, let. f, AIMP 1994 et AIMP 2001), à savoir l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix^{265, 266}. En même temps, la législation avait également pour but de « renforcer la concurrence entre les soumissionnaires » (art. 1, al. 1, let. b, aLMP; cf. ég. art. 1, al. 1, let. a, AIMP 1994 et AIMP 2001: « assurer une concurrence efficace »), ce qui servait en premier lieu aux intérêts économiques de l'adjudicateur, dont le choix entre les offres s'améliore en principe avec l'augmentation de la concurrence.²⁶⁷ Sur ce point, rien n'avait changé dans les années nonante

²⁶⁴ AIMP 1994.

²⁶⁵ Le fait qu'en principe, la qualité devait être prise en compte avec le prix et que ce dernier ne pouvait à lui seul être décisif, est souligné en particulier par l'art. 21, al. 1 (« différents critères »), aLMP ainsi que par l'al. 3 de cette disposition, selon lequel c'est exclusivement pour les biens qui sont au moins largement standardisés que le prix peut être l'unique critère d'adjudication. Cf. à ce sujet, en particulier sur la genèse de l'art. 21, al. 3, aLMP, STEINER (2014), n. 14. – Il sied de noter que le libellé de l'art. 21, al. 1, aLMP ne disposait pas de manière expresse que les critères de qualité devaient être mis sur le même rang que celui du prix (indépendamment de la question de la pondération) en ce sens que, contrairement au droit des années 1980, il n'était plus admissible de traiter les critères de qualité comme secondaires et ne s'appliquant qu'en cas d'équivalence financière des meilleures offres (cf. *supra* n. 95). Néanmoins, le fait que dans l'énumération contenue à l'art. 21, al. 1, aLMP, le « prix » ne soit mentionné qu'en troisième lieu et y soit incorporé sur un pied d'égalité avec les critères de qualité témoigne de l'intention d'abandonner l'idée de la qualité comme critère secondaire. Il s'agit d'un petit changement de paradigme que la législation des années 1990, souvent accusée de viser par trop le prix, a effectué de manière plutôt silencieuse.

²⁶⁶ Cf. Message 2 GATT, 1232 s.; STEINER (2014), n. 13 s.; FETZ/STEINER (2020), n. 46; SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 536.

²⁶⁷ Cf. BEYELER (2008), n. 77 ss.

par rapport au droit en vigueur plus tôt durant le vingtième siècle (cf. *supra* n. 87 ss et n. 94 ss). Toutefois, à partir de cette époque, le principe de la concurrence (resp., la concurrence efficace) entre les entreprises soumissionnaires s'inscrivait en même temps dans le cadre d'une politique économique générale visant (conformément à la recommandation de la Commission suisse des cartels de 1988; cf. *supra* n. 94 et n. 100) l'abolition des pratiques protectionnistes, l'ouverture des marchés (à l'échelle nationale²⁶⁸ et internationale²⁶⁹) et la libéralisation des secteurs économiques (qui était souvent associée, en Suisse, avec les notions de « revitalisation de l'économie »²⁷⁰ ou de « régénération de l'économie de marché »²⁷¹).²⁷² Dans cette optique, le renforcement de la concurrence constituait un but d'économie politique,²⁷³ qui découlait cette fois-ci non pas du courant protectionniste, respectivement mercantiliste (cf. *supra* n. 92 et n. 94 s.),²⁷⁴ mais de la doctrine économique libérale préconisant l'échange et la concurrence libres.²⁷⁵ L'idée était que le fait que les pou-

268 Cf. en particulier la LMI.

269 Cf. en particulier l'AMP 1994, la Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce du 6 octobre 1995 (LETC – RS 946.51) et les différents Accords bilatéraux conclus avec la Communauté européenne.

270 Message programme, 784 s.

271 Message programme, 774.

272 Cf. Message programme, 774 ss (spéc. 778 s.) et 784 ss; Message 2 GATT, 1194; STEINER (2014), n. 1. Cf. ég. BEYELER (2008), n. 72 ss.

273 STEINER (2014), n. 1. Cf. ég. Message 1 GATT, 6 s.; Message 2 GATT, 1194; Message programme, 774 ss et 784 ss (cf. pour les citations *infra* n.b.p. 275, n.b.p. 278 et n.b.p. 292).

274 Cf., en général par rapport au protectionnisme dans les marchés publics suisses d'avant 1996, STEINER/KLINGLER (2023), p. 88: « *In Switzerland, before the 1990s, protectionist practices and favouritism were widely accepted.* » Cf. ég. n. 89, n. 92, n. 94 et n. 100. Il sied de relever toutefois que l'intensité du protectionnisme n'était pas constante pendant le vingtième siècle (cf. n. 94).

275 Message 1 GATT, 6 s.: « Le GATT entend promouvoir le commerce international et la libre concurrence, susciter les investissements, aider à créer de nouveaux postes de travail et contribuer au développement économique ainsi qu'à l'encouragement au bien-être à l'échelle mondiale. Il repose sur la conviction qu'en fin de compte tous les États – ceux du Nord et du Sud, de l'Ouest et de l'Est, les États industrialisés, les États en transition et les pays en développement – profiteront de l'essor des échanges internationaux »; Message 2 GATT, 1194: « l'ouverture des marchés publics est devenue l'un des principaux éléments du premier train de mesures du Conseil fédéral visant à renouveler le système économique libéral »; Message programme, 774 ss (spéc. 778 s.) et 784 ss; STEINER (2014), n. 1; STEINER/KLINGLER (2023), p. 88:

voirs adjudicateurs organisent un maximum de concurrence libre lors de la passation de leurs marchés publics n'est pas seulement susceptible d'améliorer les offres qui sont à leur choix,²⁷⁶ mais également de favoriser une économie nationale, continentale et mondiale dans laquelle la concurrence efficace produise des effets bénéfiques tels que les innovations, les gains en productivité et finalement, la prospérité générale de l'économie et de la société qui en dépend.²⁷⁷ En même temps,²⁷⁸ la concurrence internationale dans les marchés publics suisses était considérée comme le prix à payer pour que les entreprises suisses, généralement très actives dans l'exportation, puissent profiter de l'ouverture de la concu-

« *The 1990s heralded the start of layer two, which is strongly influenced by prevailing economic and neoliberal principles of that time, such as free market access and open competition to increase efficiency.* »

²⁷⁶ Cf. Message 2 GATT, 1218: « La concurrence permet la comparaison des prestations afin de pouvoir choisir l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation. »

²⁷⁷ Cf. STEINER/KLINGLER (2023), p. 88: la législation des années 1990 « *is strongly influenced by prevailing economic and neoliberal principles of that time, such as free market access and open competition to increase efficiency* »; Message 2 GATT, 1194: « Outre l'efficacité accrue réalisée dans l'emploi des fonds publics et l'allègement sensible des finances de l'État qui en résulte, l'instauration systématique de la libre concurrence pour les entreprises qui s'efforcent d'obtenir des marchés publics stimule leur rendement, lequel renforce leur compétitivité à long terme [...]. [L]'ouverture des marchés publics est devenue l'un des principaux éléments du premier train de mesures du Conseil fédéral visant à renouveler le système économique libéral. Dans le cadre de la revitalisation de la place économique helvétique, il a décidé entre autres, le 20 janvier 1993, de libéraliser les marchés publics de la Confédération par une révision immédiate de l'ordonnance du 8 décembre 1975 sur les achats de la Confédération (ordonnance sur les achats; RS 172.056.13) et de l'ordonnance du 31 mars 1971 sur la mise en soumission et l'adjudication de travaux et de fournitures du bâtiment et du génie civil par la Confédération (ordonnance sur les soumissions; RS 172.056.12) [...]. [La aLMP] constitue donc à la fois une mise en œuvre nécessaire de l'Accord GATT [GPA 1994] et la base du renouvellement de l'économie de marché » et 1218: « La création toujours plus fréquente d'une situation concurrentielle pour l'adjudication de marchés publics favorise d'une part la libéralisation du commerce et renforce d'autre part la compétitivité des soumissionnaires »; STEINER (2014), n. 1 s. Cf. ég. Message 1 GATT, 6 s.

²⁷⁸ Cf. Message 1 GATT, 360: « La libéralisation des marchés publics obtenue au GATT [AMP 1994] constitue au niveau international le complément aux efforts déployés par le Conseil fédéral pour libéraliser le marché intérieur suisse des marchés publics. »

rence au sein des marchés des autorités d'autres États.²⁷⁹ En ce sens, l'ouverture de certains marchés publics suisses à l'échelle internationale, poursuivie et approfondie par la conclusion et l'adoption de l'AMP 1994,²⁸⁰

279 Cf. Message 1 GATT, 360 : « La Suisse, de longue date nation exportatrice, se place à la neuvième place avec 66 milliards de dollars US d'exportations de biens en 1992 et à la cinquième, avec 19 milliards de dollars US d'exportations de services. Elle trouve donc un intérêt particulier à voir les marchés publics internationaux se soumettre à une certaine discipline et gagner en transparence. La délégation suisse aux négociations du GATT a toujours souligné l'importance qu'elle attache à des règles clairement définies et applicables, qui permettent à l'économie suisse de se battre à armes égales sur les marchés internationaux », 362 s. : « En outre, si l'on considère combien nous sommes dépendants de nos exportations (la Suisse gagne près d'un franc sur deux à l'étranger), il est de l'intérêt général que la Confédération et les cantons poursuivent leur politique en matière de marchés publics, déjà libérale, et l'ancrent sur une base de réciprocité dans un accord international. Les marchés publics qui s'ouvrent à l'industrie d'exportation suisse en Europe surtout, mais aussi outre-mer, représentent un multiple du marché intérieur. L'industrie d'exportation suisse, en gagnant des parts de marché, pourra renforcer sa compétitivité, en particulier dans le domaine des machines et des installations d'équipements énergétiques. Entre 1985 et 89, les entreprises suisses de l'industrie des machines ont réalisé la moitié de leur chiffre d'affaires annuel sur les marchés publics étrangers. L'ouverture des marchés signifie donc pour elles une amélioration directe de la place de production suisse » ; Message 2 GATT, 1193 : « L'Accord GATT constitue un pas important vers la libéralisation du commerce international. En tant que nation axée traditionnellement sur les exportations et qui occupait sur le plan mondial en 1992, avec 66 milliards de dollars US, le neuvième rang des exportateurs de biens et, avec 19 milliards de dollars US, le cinquième rang des exportateurs de services, la Suisse a un intérêt primordial à ce que les marchés publics sur le plan international soient eux aussi soumis à certaines règles et à une transparence accrue. »

280 Cf. Message Tokyo-Round, 45 : « Les efforts de libéralisation du commerce mondial entrepris au cours de ces dernières décennies n'ont guère eu de répercussions sur les marchés publics. Une tentative d'ouvrir ceux-ci à la concurrence internationale a été faite dans le cadre de l'OCDE. Bien qu'elles aient duré des années, les négociations à ce sujet n'aboutirent pas. C'est en 1966 que le principe de la non-discrimination fut, pour la première fois établi en ce domaine, et ceci, dans le contexte de l'AELE, par le Protocole de Lisbonne fondé sur l'article 14 de la Convention de Stockholm. La libéralisation des marchés publics au sein de la CEE a par la suite ramené au premier plan la question d'une réglementation internationale à ce sujet. Les progrès accomplis au niveau régional reflétaient l'importance croissante de ces marchés dans le commerce international. Il n'est donc pas étonnant que ce domaine ait finalement été inséré, en 1976, dans le programme de négociations du Tokyo-Round [...]. [La] Suisse suit depuis longtemps, en matière de marchés publics, une politique fondée en principe sur la libre concurrence, ce dont peuvent tirer profit les fournisseurs étrangers. Elle a donc intérêt à ce que ses partenaires adoptent une ligne de conduite analogue. » Ainsi, notamment au vu du fait que le principe de non-discrimination inséré dans la Convention de l'AELE « n'a pas entraîné de libéralisation effective » (Message 2 GATT, 1194), la Suisse a adhéré à l'AMP 1979 (cf. ég. Message 1 GATT, 8).

constituait²⁸¹ un instrument d'économie politique visant à améliorer les conditions pour les entreprises suisses sur le marché mondial (ainsi qu'à pousser les entreprises suisses à augmenter leur compétitivité).²⁸² En résumé, si, sous les règles auparavant en vigueur, la concurrence entre les soumissionnaires avait servi exclusivement des buts d'économie de gestion et qu'elle était en même temps restreinte en raison de la poursuite de buts d'économie politique (cf. *supra* n. 91 s. et n. 95), dans le droit des années 1990, cette concurrence était désormais au service tant de l'économie de gestion que de l'économie politique.

- 102 Cela dit, sous l'empire du droit des marchés publics en vigueur en Suisse dès 1996, le but n'était pas de se servir d'un marché public concret afin de produire certains effets dans l'économie, respectivement, dans les relations concurrentielles entre les acteurs économiques, mais de faire bénéficier l'économie en général des effets de la libre concurrence que les adjudicateurs organisaient principalement dans un intérêt d'économie de gestion.²⁸³ En ce sens, l'influence positive (selon les idées de l'époque) que la libre concurrence organisée lors de la passation des marchés pu-

Cet « accord a pour but de libéraliser progressivement les marchés publics. Il repose sur les principes du traitement national et de la non-discrimination. Le premier stipule l'égalité de traitement entre fournisseurs nationaux et étrangers; le second, un traitement identique de tous les concurrents étrangers [...]. Il n'impose pas [...] aux entités acheteuses l'obligation d'acquérir des produits étrangers. Cependant, dans la perspective d'une libre concurrence, il exige que les offres de pays tiers soient également prises en considération » (Message Tokyo-Round, 45). L'adhésion de la Suisse à l'AMP 1994 a marqué l'étape suivante de ce processus de libéralisation (cf. pour l'historique du « Uruguay Round », ayant abouti en particulier sur l'AMP 1994, Message 1 GATT, 13 ss et 38 s.).

281 Et constitue encore aujourd'hui: cf. Message AMP, 1960: « Les conséquences financières [de l'AMP 2012] sont restreintes. Il faut les mettre en rapport avec les effets macroéconomiques positifs qui découleront, pour la place économique suisse, du meilleur accès aux marchés publics dont bénéficieront les soumissionnaires et les exportateurs suisses d'infrastructures, de biens et de services. »

282 Cf. Message 2 GATT, 1193: « En tant que nation axée traditionnellement sur les exportations et qui occupait sur le plan mondial en 1992, avec 66 milliards de dollars US, le neuvième rang des exportateurs de biens et, avec 19 milliards de dollars US, le cinquième rang des exportateurs de services, la Suisse a un intérêt primordial à ce que les marchés publics sur le plan international soient eux aussi soumis à certaines règles et à une transparence accrue. » Cf. ég. Message 1 GATT, 11 s.: « La protection constitue en fait une pénalisation des exportateurs nationaux efficaces dont les intrants renchérisent. »

283 Cf. ég. FETZ/STEINER (2020), n. 47.

blics est susceptible d'exercer dans l'économie (dans son ensemble) était censée être un effet secondaire de ladite concurrence, mais n'était pas le but direct de celle-ci.²⁸⁴ Dans cette logique, à moins que l'entité adjudicatrice n'eût spécifié les prestations à acquérir d'une manière à étouffer toute concurrence efficace (cf. *supra* n. 20), une entreprise ne pouvait pas, dans le cadre d'un recours en matière de marchés publics, demander que les spécifications des prestations soient étendues (ou modifiées d'une autre manière) afin que la concurrence soit élargie au-delà du minimum légal (cf. *supra* n. 79).²⁸⁵

Parallèlement à ces buts de nature économique, les articles 8, alinéa 1, lettre b et lettre c, aLMP et 11, lettre e et lettre f, AIMP 1994 et AIMP 2001 poursuivaient un but de politique sociale,²⁸⁶ qui consistait à renforcer le respect de la législation sur le travail²⁸⁷ et sur l'égalité entre les femmes et les hommes dans le cadre des marchés publics.²⁸⁸ Il en va de

103

²⁸⁴ Le fait qu'un pouvoir adjudicateur puisse restreindre la libre concurrence lors d'une adjudication afin de préserver à moyen et à long terme la concurrence (respectivement, l'existence d'une pluralité d'acteurs économiques indépendants) dans l'économie en général (cf. ATAF 2018 IV/6, c. 3 et c. 4; cf. ég. art. 32, al. 3, LMP/AIMP 2019) ne signifie pas que l'ancien droit des marchés publics prévoyait d'utiliser les marchés publics concrets à des fins d'économie politique. Dans ce genre de cas, le pouvoir adjudicateur n'agit pas dans un souci général d'économie politique, mais essaie de produire des effets dans l'économie afin de préserver ses intérêts d'économie de gestion (qui pourraient être mis en péril si un monopole se créait dans le secteur en question), dont la sauvegarde nécessite une acquisition de prestations d'une bonne qualité à un bon prix et, partant, d'une pluralité d'offres à court et à long terme. – Cf. *supra* n. 62.

²⁸⁵ Cf. ATF 137 II 313, c. 3.3.1; TAF B-7062/2017, 22 août 2019, c. 2.1; TAF B-4743/2015, 9 décembre 2015, c. 4.1 et 4.2; TAF B-822/2010, décision incidente du 10 mars 2010, c. 4.2 et 4.3.

²⁸⁶ Cf. ég. FETZ/STEINER (2020), n. 51.

²⁸⁷ Cf. en outre art. 7, al. 2 et annexe 2a, aOMP (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2010; RO 2009 6149) concernant le respect des conventions fondamentales de l'OIT en cas de production de la prestation à l'étranger. Cf. STEINER (2014), n. 3; FETZ/STEINER (2020), n. 47. – La doctrine n'était du reste pas unanime quant à la licéité en droit suisse d'un critère d'adjudication (voire d'une spécification technique) concernant le commerce équitable: cf. STEINER (2014), n. 16; BEYELER (2012), p. 263 s., commentaires 3 et 6

²⁸⁸ Cf. Message 2 GATT, 1226 s.: La règle de l'art. 8, al. 1, let. b, aLMP vise « essentiellement à sauvegarder les acquis sociaux et la paix du travail; elle répond donc à un intérêt public réel et important. Il est vrai que les autorités sont obligées d'utiliser les fonds publics de manière économique, mais ce principe se heurte à des limites lorsque l'application de la concurrence dans le domaine des coûts de production

même pour la condition de participation concernant le paiement des impôts et des cotisations sociales prévue à l'article 11, lettre c, aLMP. En même temps, le fait d'assurer que tous les soumissionnaires respectent les règles mentionnées est au service des principes de l'égalité de traitement et de la concurrence (saine; cf. *supra* n. 69). Pour sa part, le critère d'adjudication des « apprenti.e.s » (personnes en formation professionnelle initiale; cf. art. 21, al. 1, aLMP, en vigueur à partir du 1 avril 2015²⁸⁹) vise à la fois des objectifs de politique sociale (assurer des places d'apprentissage, surtout aux jeunes) et d'économie politique (assurer la formation de la relève dans les différents secteurs de l'économie).²⁹⁰

104 Du moins au niveau fédéral (cf. en outre *supra* n. 98),²⁹¹ la législation des années 1990 et suivantes contenait quelques traces d'une prise en compte des préoccupations écologiques.²⁹² En effet, dans sa version entrée en

risque d'avoir des conséquences fâcheuses sur le plan social [...]. En tant qu'entité adjudicatrice, l'État ne saurait profiter de pareilles distorsions de la concurrence en se procurant ainsi des avantages en matière de prix.»

²⁸⁹ RO 2015 773; FF 2013 4861, 4877.

²⁹⁰ Rapport CER/CN, 4877.

²⁹¹ Cf. pour l'ancien droit cantonal, notamment art. 16, al. 6, du Règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (canton de Vaud) du 7 juillet 2004 (aRLMP/VD) et art. 3b de la Loi sur les marchés publics (canton de Fribourg) du 11 février 1998 (aLCMP/FR) concernant les labels environnementaux comme spécifications; art. 24, al. 2, aRLMP/VD concernant le critère d'aptitude de la « gestion environnementale »; art. 32, al. 1, let. f, aRLMP/VD concernant le motif d'exclusion du non-respect des « prescriptions concernant la protection de l'environnement »; art. 37, al. 1, aRLMP/VD concernant le critère d'adjudication des « caractéristiques environnementales ». Cf. en outre art. 42, al. 2, let. d (motif d'exclusion du non-respect des « obligations légales en matière de protection de l'environnement ») et art. 43, al. 3 (critère d'adjudication « respect de l'environnement ») du Règlement sur la passation des marchés publics (canton de Genève) du 17 décembre 2007 (RMP/GE – rsGE L 6 05.1). Cf. ég. art. 5, let. c (le respect des normes environnementales comme principe de procédure) et art. 32, al. 2 (la compatibilité environnementale des prestations comme critère d'adjudication), LCPubb/TI (n.b.p. 154).

²⁹² Cf. Message programme, 774 s.: « Il s'agit d'améliorer notre compétitivité au plan international notamment en renforçant la concurrence sur le marché intérieur suisse [...]. Concrètement, il s'agit d'intensifier la concurrence par le démantèlement des barrières interdisant l'accès aux marchés, des quotas et des prescriptions sur les prix, mais également par celui de normes en tous genres. Seule la concurrence assure à notre économie un haut niveau d'efficacité et peut lui imposer un comportement dynamique et des innovations. Toutes ces réformes doivent être réalisées sans qu'on touche aux acquis sociaux et écologiques »; Message 2 GATT, 1213: « Plusieurs des

vigueur le 1^{er} janvier 1996,²⁹³ l'article 21, alinéa 1, aLMP mentionnait déjà le critère d'adjudication « caractère écologique » (en allemand : « *Umweltverträglichkeit* » [« compatibilité environnementale »²⁹⁴], ce qui semble viser en premier lieu la protection de l'environnement dans l'utilisation des prestations acquises²⁹⁵).²⁹⁶ S'y est ajouté, à partir du 1^{er} janvier 2010²⁹⁷ et en vertu de l'article 27, alinéa 2, aOMP (étant donné que l'art. 21, al. 1, aLMP [« notamment »] ne contenait pas de liste exhaustive), le critère d'adjudication du « développement durable ».²⁹⁸ Par ailleurs, la prise en compte des spécifications écologiques concernant

propositions émises lors de la consultation visaient à étendre les critères d'adjudication à des méthodes de production soucieuses de l'environnement et adaptées aux normes suisses, ainsi qu'aux aspects de politiques régionale et structurelle ou au domicile fiscal du soumissionnaire. Ces demandes n'ont pas été retenues du fait qu'elles pourraient entraîner un effet discriminatoire et que nous disposons en outre d'autres moyens pour les mesures de politiques régionale et structurelle. En revanche, rien n'empêche de vérifier, lors de l'adjudication d'un marché, si le délai de livraison ou la connaissance des lieux impliquent que le soumissionnaire ait son siège à proximité du lieu où la prestation est fournie ou encore si le bien à acquérir doit satisfaire à certaines conditions écologiques. De tels critères ne sont pas toujours déterminants ; il faudra préciser pour chaque marché s'ils sont vraiment indispensables à sa bonne exécution » ; STEINER (2014), n. 1, n. 4, n. 5, n. 7, n. 9 ss et n. 13 ss. – Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 30 LMP n. 6 : pour ces auteurs.e.s, le nouvel art. 30, al. 4, LMP sur les spécifications écologiques n'apporte matériellement rien de neuf (« *nichts Neues* »). – Cf. cpdt STEINER/KLINGLER (2023), p. 88, qui notent qu'à l'époque, on considérait souvent la prise en compte de la qualité comme un risque pour l'égalité de traitement et l'économicité de l'investissement, et on donnait la priorité, respectivement un poids prépondérant, au critère du prix.

293 RO 1996 508.

294 Le Message 2 GATT, 1232, se sert de ce terme.

295 Cf. Message 2 GATT, 1232 : « La rentabilité d'une offre et le critère de la compatibilité écologique sont souvent considérés comme antagonistes. Le respect des aspects environnementaux ne doit cependant pas contrevenir au principe de la rentabilité. La longévité d'un produit, sa consommation d'énergie ou son élimination peuvent cependant justifier des prix plus élevés ». Cf. ég. FETZ/STEINER (2020), n. 47.

296 Cf. au sujet de ce critère STEINER (2014), n. 15.

297 RO 2009 6149.

298 Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 8. – Au vu de ces dispositions et du fait que l'art. 21, al. 1, aLMP proposait depuis le début les critères d'adjudication de la « rentabilité », des « coûts d'exploitation », du « service après-vente », de « l'adéquation de la prestation » et de « la valeur technique », le jugement de STEINER/KLINGLER (2023), p. 88, est probablement quelque peu trop dur : « *the market-focused regulation fell short of assessing the total cost (Vollkostenrechnung) of purchased works, goods and services, neglecting the environmental and social aspects of public procurement* ».

le processus de production (et qui n'a pas d'incidence sur le produit final²⁹⁹), tel que l'exigence du bois issu d'une production durable, était pratiquée déjà avant l'entrée en vigueur du droit actuel.³⁰⁰ En effet, il y a lieu d'interpréter l'art. X:6, AMP 2012 en ce sens que ladite prise en compte était licite sous l'empire de l'AMP 1994 (cf. *infra* n. 110).³⁰¹ Par ailleurs, certaines législations cantonales prévoyaient un motif d'exclusion visant le non-respect de la législation sur la protection de l'environnement.³⁰²

105 En outre, en adoptant le principe de l'égalité de traitement des entreprises soumissionnaires (art. 1, al. 2, aLMP; art. 1, al. 3, let. b, AIMP 1994 et AIMP 2001) et en garantissant son respect par l'ouverture des voies de recours (art. 27, al. 1, aLMP; art. 15, al. 1, AIMP 1994 et AIMP 2001), le droit des marchés publics des années 1990 ne contribuait pas uniquement à l'ouverture des marchés et à l'élargissement de la concurrence – buts d'économie de gestion et d'économie politique qui viennent d'être évoqués (*supra* n. 101 s.) – mais également à la mise en œuvre de l'un des principes constitutionnels les plus importants et ce, au-delà des considérations purement économiques. En effet, l'égalité de traitement est un principe fondateur de l'État de droit dont la fonction, même pour les entreprises économiques, ne s'épuise pas dans la garantie du fonctionnement de l'économie de marché. Il constitue une valeur à part entière.

4. *Selon le droit actuel*

106 À l'instar de son prédécesseur (cf. *supra* n. 101 ss), le droit des marchés publics actuel (LMP/AIMP 2019) sert lui aussi à la poursuite de certains buts politiques.³⁰³

²⁹⁹ Cf. au sujet des spécifications écologiques ayant un impact sur le produit STEINER (2014), n. 9.

³⁰⁰ STEINER (2014), n. 10 et n. 15: cet auteur défend l'admissibilité des spécifications écologiques et mentionne en même temps le risque du protectionnisme et constate que des exigences telles que la provenance suisse du bois ne sont pas licites; OECHSLIN/LOCHER (2020), art. 30, LMP/AIMP 2019 n. 5 et n. 25.

³⁰¹ Cf. ég. STEINER (2014), n. 10.

³⁰² STEINER (2014), n. 4.

³⁰³ En ce sens, selon l'opinion défendue ici, il n'y a pas lieu de partir de l'idée que le droit des marchés publics des années 1990 ne permettait pas la poursuite de certains buts politiques non liés au marché public en cause, et que le droit révisé permet désormais

a. La continuité

Comme il l'a été démontré plus haut par rapport à l'article 2, lettre a, LMP/AIMP 2019 (cf. *supra* n. 49 ss et n. 59 ss), le but d'économie de gestion visant une acquisition de prestations d'une bonne qualité à un bon prix existe toujours au sein du droit révisé (cf. art. 2, let. a, art. 29, al. 1 et art. 41, LMP/AIMP 2019). Sont également toujours présents des buts d'économie politique³⁰⁴ et de politique sociale, ce qui est souligné en particulier aux articles 12, alinéa 1 et alinéa 2 (conditions de participation, resp. spécifications de nature sociale; cf. *supra* n. 23 ss et n. 32 ss) et 29, alinéa 2, LMP/AIMP 2019 (critères d'adjudication non liés au marché concret et servant des buts sociaux et d'économie politique:³⁰⁵ places de formation professionnelle initiale; places de travail pour les travailleurs âgés; réinsertion pour les chômeurs de longue durée; cf. *supra* n. 103 et *infra* n. 123). Il en va de même pour les buts de politique écologique qui se transcrivent à nouveau (cf. *supra* n. 104) dans un critère d'adjudication (cf. art. 29, al. 1, LMP/AIMP 2019: « développement durable »; au vu de l'art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019, ce terme englobe, entre autres, l'aspect écologique; cf. ég. *supra* n. 61 *in fine*).

b. Des buts en évolution

Si les buts du droit des marchés publics révisé se recourent en partie avec ceux du droit précédent, le droit actuel témoigne de l'évolution des buts et de leur signification.

une telle poursuite (cf. STEINER/KLINGLER [2023], p. 90: « [The principle of efficiency] allows the pursuit of policy goals, which was not envisioned in a <layer two> [1990] regulation »). Bien plutôt, sous l'ancien comme sous le nouveau droit, l'idée est que les buts de politique générale – surtout la concurrence dans les années 1990 et la durabilité de nos jours – soient poursuivis à travers l'optimisation du marché public concret dans le cadre du droit applicable (cf. en particulier *supra* n. 101 s. et *infra* n. 114 ss).

³⁰⁴ Cf., à l'égard du critère d'adjudication de la formation professionnelle initiale (art. 29, al. 2, LMP), déjà présent sous l'ancien droit (cf. *supra* n. 103): Message LMP, 1789: un « critère [...] motivé par des préoccupations touchant la politique de la formation et de l'emploi ».

³⁰⁵ LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 30; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 16.

109 D'une part, le but légal de la concurrence a été modifié en ce sens que celle-ci, toujours au service de l'optimisation du marché, doit désormais être « efficace et équitable » (art. 2, let. d, LMP/AIMP 2019), tandis que l'ancien droit (cf. *supra* n. 101) cherchait simplement à la « renforcer » (art. 1, al. 1, let. b, aLMP), respectivement, à la rendre « efficace » (art. 1, al. 3, let. a, AIMP 1994 et AIMP 2001). Cette modification introduite par l'Assemblée fédérale³⁰⁶ reflète une évolution des idées politiques concernant l'économie politique (cf. *supra* n. 102)³⁰⁷: s'il est reconnu depuis longtemps qu'une concurrence excessive peut être néfaste³⁰⁸ – notamment pour l'économie elle-même – au plus tard pendant les années 1990, il apparaissait qu'il y avait un manque de concurrence (resp., un

306 Cf. BO/CN 2018 1010 (vote du Conseiller national OLIVIER FELLER): « L'article 2 est consacré aux buts généraux de ce projet. En effet, la commission, cela n'est d'ailleurs pas contesté, souhaite qu'un des buts soit « une concurrence équitable et efficace entre les soumissionnaires ». En fait, la commission propose d'ajouter à la « concurrence efficace » proposée par le Conseil fédéral, une « concurrence équitable ». C'est un des objectifs de la commission. Il s'agit non seulement d'assurer une concurrence efficace, mais aussi de veiller à l'équité. Ce but, qui a été ajouté par la commission, doit irriguer l'ensemble de la loi »; BO/CN 2018 1010 (adoption de la version du CN); BO/CE 2018 968 (vote du Conseiller aux États PIRMIN BISCHOF): « Hier [à l'art. 2, let. d, LMP] schlägt Ihnen Ihre Kommission einstimmig eine etwas andere Regelung als Bundesrat und Nationalrat vor. Grundsätzlich übernimmt Ihre Kommission die Version des Bundesrates, « ... die Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen, insbesondere durch Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption », ergänzt sie aber mit dem Begriff « fair » aus der nationalrätlichen Fassung. Wir sprechen jetzt also von einem « wirksamen, fairen Wettbewerb » »; BO/CE 2018 968 (adoption de la version du CE); BO/CN 2019 139 (adhésion à la version du CE).

307 Cf. STEINER/KLINGLER (2023), p. 91: « the revised PPA [=LMP] not only aims to promote intensive, but also fair and effective, competition. One implication of the macroeconomic dimension [art. 2, let. a, LMP] is that the government is not solely interested in low prices in the short term, but rather in a functioning supplier market and reasonable prices in the long term »; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 37: « Letztlich dürfte auch dieser Einschub [une concurrence « équitable » et non seulement efficace] durch Überlegungen motiviert sein, die gleichermassen für die Erwähnung der « volkswirtschaftlichen Nachhaltigkeit » in [art. 2, LMP] Bst. a massgebend sind. Fairness wird daher als Kontrapunkt zum « reinen » Preiswettbewerb gesehen »; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2, LMP n. 25.

308 Cf. Message 2 GATT, 1226 s. (cf. pour la citation *supra* n.b.p. 288). Cf. ég. STEINER (2020), p. 10: « Wettbewerb heisst auch, dass es Situationen gibt, in denen man – [um] mit Franz Steinegger zu reden – den Kapitalismus vor sich selber schützen muss. »

excès de régionalisme et de protectionnisme;³⁰⁹ cf. *supra* n. 94 et n. 100) et qu'il était nécessaire de la renforcer, de l'élargir et de l'approfondir (cf. *supra* n. 101 s.).³¹⁰ Au contraire, vers la fin des années 2010, et notamment en raison de la pression exercée par la concurrence mondiale sur l'économie suisse (cf. ég. art. 29, al. 1, LMP: « les différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie »;³¹¹ cf. *supra* n. 54),³¹² l'efficacité de la concurrence, qui demeure en soi un instrument

309 FETZ/STEINER (2020), n. 47a.

310 FETZ/STEINER (2020), n. 47a.

311 Ce critère reflète une vue protectionniste ou mercantiliste du développement durable de l'économie nationale. Cf. STEINER/KLINGLER (2023), p. 90: « *To consider countries' different price levels aims at shielding the Swiss economy from more competitive offers from abroad, in line with the protectionist rationale of layer one* »; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 21; TRÜEB/ZOBL (2020), n. 59, n. 81 et n. 83.

312 Cf., notamment, BO/CE 2018 980 (vote du Conseiller aux États STEFAN ENGLER [par rapport au critère d'adjudication des différents niveaux de prix; art. 29, al. 1, LMP]): « *Im Bereich der ausländischen Beschaffungen geht es aber nicht um Unternehmungen, die in die Schweiz kommen, um hier zu arbeiten, sondern um Unternehmungen, die vom Ausland her Angebote in die Schweiz schicken, die hier Materialien liefern, etwa Fenster für das Bundeshaus. Die Arbeitnehmenden in der Schweiz werden dabei nicht durch die flankierenden Massnahmen geschützt, wenn beispielsweise in Polen oder in einem anderen Land im Osten die Kaufkraft und die Löhne um die Hälfte tiefer sind als in der Schweiz. Man kann sich mit Fug und Recht die Frage stellen, ob dadurch nicht Schweizer Unternehmungen bei öffentlichen Beschaffungen aus dem Ausland diskriminiert werden, weil in der Schweiz die Lebenshaltungskosten, die Materialien, auch die durch die Raumplanung verursachten Kosten für die Gewerbebetriebe deutlich höher sind. Man kann schon von Wirtschaftsfreiheit sprechen, muss sich aber die Frage stellen, wessen Wirtschaftsfreiheit wir schützen wollen: die unserer Unternehmungen oder die von Unternehmungen aus fremden Ländern?* »; BO/CE 2019 314 (vote du Conseiller aux États STEFAN ENGLER [par rapport au critère d'adjudication des différents niveaux de prix; art. 29, al. 1, LMP]): « *beim Beschaffungswesen [...] nehmen wir in Kauf, dass in Polen, Indonesien oder Indien zu ganz anderen Voraussetzungen Produkte hergestellt werden, die in die Schweiz geliefert werden, und sehen darüber hinweg, dass eine schweizerische Unternehmung diesen Unternehmungen im Ausland in keiner Art und Weise konkurrenzfähig gegenübersteht. Sie können es nennen, wie Sie es wollen: Heimatschutz, Protektionismus oder wie auch immer [...]. Wir garantieren eine Nichtdiskriminierung schweizerischer Unternehmen dadurch, dass wir berücksichtigen, dass die Produktionsverhältnisse in Indien oder Indonesien so unterschiedlich zu denjenigen in der Schweiz sind* »; BO/CN 2018 992 (vote du Conseiller national CORRADO PARDINI [par rapport à l'AMP et la LMP en général]): « *Die Kommission hat in zahlreichen Hearings vor allem auch die Stimme der Schweizer Wirtschaft sowie die Stimmen der Umweltverbände und der Sozialpartner einfließen lassen. Dabei herrschte unisono die Meinung, dass die schweizerischen Unter-*

nehmen, vor allem auch die KMU, nicht bestraft werden sollen. Sie sollen in einem fairen Wettbewerb eine reale Chance erhalten – in einem Wettbewerb, in dem eben nicht nur der Preis entscheidend ist. Die Vergaben der Behörden auf Gemeinde-, Kantons- und Bundesebene sollen umfassend nachhaltig gestaltet, der Spielraum soll ausgeschöpft und das einheimische Gewerbe nicht bestraft werden. Dem einheimischen Gewerbe soll in einer fairen Konkurrenz eine echte Chance gegeben werden. Das war in der Kommission der rote Faden, der sich durch sämtliche Beratungen gezogen hat »; BO/CN 2018 1003 (vote de la Conseillère nationale SYLVIA FLÜCKIGER-BÄNI [par rapport à l'art. 2, LMP]): « Die Betonung von <fair> bringt [...] keine juristische Präzisierung, sondern will daran erinnern, dass die Ausgangsbestimmungen in den verschiedenen Ländern berücksichtigt werden müssen; dazu etwa Artikel 2 Buchstabe d. Dies ist wichtig für unsere kleine Volkswirtschaft. Es kann nicht sein, dass wir öffentliche Aufträge an Firmen im Ausland vergeben, die wiederum staatlich subventioniert werden. Darum ist das Einfügen des Passus des volkswirtschaftlichen Aspekts in Artikel 2 Buchstabe a für die Revision relevant. WTO-Regeln sind nur dann fair, wenn man die volkswirtschaftlichen Bedingungen eines Landes mitberücksichtigt, z.B. den Arbeitsmarkt, die Beschäftigung von Inländern, die unterschiedlichen Preisniveaus oder die Eigenarten eines Bildungssystems, bei uns zum Beispiel unser erfolgreiches duales Bildungssystem »; BO/CN 2018 1037 (vote de la Conseillère nationale SYLVIA FLÜCKIGER-BÄNI [par rapport au critère d'adjudication des différents niveaux de prix; art. 29, al. 1, LMP]): « Ich möchte nicht einfach weiter zusehen, wie Betriebe ins Ausland abwandern oder gar schliessen müssen. Wöchentlich können Sie davon lesen, dass mehr und mehr die Produktion ins Ausland verlagert wird. Gerade auch in meiner Region wieder habe ich erst kürzlich der Zeitung entnehmen können, dass 40 Arbeitsplätze abgebaut werden mit der Begründung, in Frankreich seien die Lohnkosten 50 Prozent tiefer. Arbeitsplätze wandern ab, Ausbildungsplätze wandern ab, und die Steuererträge gehen mit und die Sozialbeiträge natürlich auch – und sie werden nicht zurückkommen. Die Produktionskosten in Ungarn, Polen oder China, aber auch die Kosten in unserem Nachbarländern entsprechen einem Bruchteil unserer Aufwände. Auch mit massiver Effizienzsteigerung und innovativen Produkten schafft es die Schweiz nicht, auch nur schon annähernd jene Preise anzubieten, welche das Ausland anzubieten imstande ist – ich denke dabei gerade an die Oststaaten. Und die gewieften ausländischen Unternehmer können mit leicht tieferen Preisen eine extreme Gewinnmarge einstreichen. Das heisst, wer bei uns produziert und Schweizer Löhne bezahlt, wird de facto bei einem nominellen Preisvergleich der Angebote diskriminiert. Das ist nicht das, was ich unter einem fairen Wettbewerb verstehe » (cf. ég. BO/CN 2019 147 et 1003 [votes de la Conseillère nationale SYLVIA FLÜCKIGER-BÄNI]); BO/CN 2018 1043 (vote du Conseiller fédéral UELI MAURER): « Vorab sei gesagt, dass wohl sicherlich viele in diesem Saal die Besorgnis von Frau Flückiger teilen, dass wir in unserem Hochlohnland Aufträge an billigere Anbieter verlieren. Dieses Problem ist im Grundsatz nicht bestritten »; BO/CN 2019 150 s. (vote du Président de la Confédération UELI MAURER): « Das Ziel, das wir alle hier [à l'art. 29, al. 1, LMP] verfolgen, ist, möglichst viele Aufträge, die wir mit Steuergeldern bezahlen, auch in der Schweiz vergeben zu können, damit sich sozusagen der Kreislauf schliesst [...]. Ein Nachteil für die Schweiz in diesem Bereich sind [...] die hohen Löhne. Für uns alle sind die hohen Löhne zwar ein Vorteil, aber wenn es um internationale

indispensable pour assurer des achats publics optimaux (cf. ég. *supra* n. 100),³¹³ est alors contrebalancée par le but selon lequel la concurrence ne doit pas être à ce point efficace qu'elle en devienne inéquitable³¹⁴ et nuise aux intérêts que l'adjudicateur poursuit à long terme,³¹⁵ ainsi qu'à l'économie prise globalement (cf. en particulier art. 44, al. 2, let. h, LMP/AIMP 2019). Le fait que les limites de la « bonne » concurrence soient

Ausschreibungen geht, ist das hohe Lohnniveau der Schweiz unter Umständen ein Nachteil [...]. Heute Morgen habe ich aus Ihrem Kreis folgendes Beispiel gehört: Ein grosser Kanton führe für die Verabschiedung der Wehrmänner an zehn Orten Entlassungsfeiern durch. Dann gebe es einen Apéro. Die Summe übersteige am Schluss den Betrag, ab dem eine WTO-Ausschreibung erforderlich sei. Es werde daher gemäss WTO ausgeschrieben, und es kämen dann Offerten aus Delhi für die Verabschiedung der Wehrmänner [...]. Das Ziel muss es sein, Aufträge, die mit öffentlichen Geldern finanziert werden, nach Möglichkeit in der Schweiz zu vergeben.»

313 Cf. ég. STEINER/KLINGLER (2023), p. 91; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 33.

314 Cf. au sujet de la composante sociale de la concurrence « équitable » (art. 2, let. d, LMP) BO/CN 2018 1003 (vote de la Conseillère nationale PRISCA BIRRER-HEIMO): « *Diese Kontrollen [contrôles des conditions de travail et de la sécurité du travail] sind wichtig und haben sich in den letzten Jahren bewährt, denn schlussendlich sind Massnahmen nur wirksam, wenn sie kontrolliert werden können und man bei Nichteinhaltung auch sanktionieren kann. Das ist eine wichtige Voraussetzung für die Durchsetzung des Arbeitnehmerschutzes und der Arbeits- und Lohnbedingungen. Es ist aber auch eine wichtige Voraussetzung für einen fairen Wettbewerb, für gleich lange Spiesse für die Unternehmen, vor allem für diejenigen, die sich korrekt verhalten und die dann nicht einen Nachteil haben, wenn andere eben die Bedingungen nicht einhalten.* »

315 Cf. STEINER/KLINGLER (2023), p. 91: « *in concentrated markets, the Swiss procurement agencies can divide large contracts into lots and limit the number of lots that can be awarded to the same company. While this practice might not yield the most economically advantageous contract (or lowest price) in the short run, it allows increased competition in an otherwise concentrated market and ensures that dominant firms cannot monopolise public demand and drive competitors out of the market. In this case, the benefits of long-term competition outweigh the benefits of short-term efficiency, which is a typical conflict of interest between procurement goals.* » Cf. ég. STEINER (2020), p. 10. – TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 37 (et n. 13), relève que le caractère « équitable » de la concurrence selon l'art. 2, let. d, LMP/AIMP 2019 pourrait traduire des intentions protectionnistes, à l'instar du terme « *volkswirtschaftlich* » (cf. *supra* n. 53) contenu à l'art. 2, let. a, LMP/AIMP. Dans cette mesure, la licéité du principe de la concurrence « équitable » est remise en question à tout le moins dans les cas où le droit international s'applique (op. cit., n. 13). Or, il est tout à fait possible d'interpréter « équitable » (et « *volkswirtschaftlich* » ; cf. n. 53 ss) d'une manière conforme au droit international, respectivement, d'une manière non-protectionniste.

expressément mentionnées dans la loi (« équitable » ; art. 2, let. d, LMP/AMP 2019) démontre ainsi que la perception de ce phénomène a quelque peu changé,³¹⁶ même si le principe de l'ouverture nationale et internationale n'a pas été abandonné (cf. art. 2, let. c-d, art. 6 et art. 17 ss, LMP/AIMP 2019 ; art. 5, LMI).

- 110 D'autre part, dans les dispositions légales actuelles, la visibilité des aspects écologique et social du développement durable dans le domaine des marchés publics est augmentée (cf. art. 2, let. a, [cf. *supra* n. 49 ss], art. 12, al. 2 et al. 3 [cf. *supra* n. 22 ss et n. 32 ss], art. 30, al. 4 [cf. *supra* n. 27 ss et n. 78 s.], art. 29, al. 1 [cf. *supra* n. 59 ss] et al. 2 [cf. *supra* n. 123] et art. 41³¹⁷ [cf. *supra* n. 59 s.], LMP/AIMP 2019). Sur le plan international, l'AMP 2012 est le premier traité en matière de marchés publics conclu par la Suisse³¹⁸ qui mentionne de manière expresse les

³¹⁶ Cf. ég. STEINER/KLINGLER (2023), p. 90 : « *the principle of efficiency is understood broadly in [the revised] Swiss public procurement law* » ; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 13 et n. 37.

³¹⁷ STEINER/KLINGLER (2023), p. 92, relèvent que le fait que le droit des marchés publics révisé n'exige plus d'adjuger à « l'offre la plus avantageuse économiquement » (art. 21, al. 1, aLMP), mais commande de retenir « l'offre la plus avantageuse », est d'une importance symbolique, respectivement paradigmatique ou culturelle, considérable : « *Even though the MEAT [most economically advantageous tender] standard allowed for quality considerations, and despite its similar wording, this change heralds a shift in Swiss public procurement culture.* » Cf. ég. Steiner (2020), p. 10 : « *In der neuen Terminologie ist [...] jedenfalls eine Aufforderung zum Vergabekulturwandel zu sehen.* » Cf. en outre MARTI (2022), p. 49 s. ; MÜLLER (2020), art. 41, LMP/AIMP 2019 n. 19.

³¹⁸ Ni l'Accord sur les marchés publics du 12 avril 1979 (AMP 1979 ; cf. Message Tokyo-Round, 331 ss), ni l'Accord sur les marchés publics du 2 février 1987 (AMP 1987), ni l'AMP 1994 ne contenaient de dispositions concernant explicitement les aspects environnementaux ou écologiques des achats publics. Le même constat vaut pour l'art. 37 et l'Annexe R de la Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Échange (AELE) du 4 janvier 1960 (RS 0.632.31) et pour l'AccBil. Cela étant, les textes cités ne contiennent aucune interdiction de la prise en compte d'aspects environnementaux ou écologiques tant que cela ne contrevient pas à l'interdiction générale de discrimination (cf. not., art. II:1 et :2, art. IV:1 et art. V:14/f, AMP 1979 et AMP 1988 ; art. III:1 et :2, art. VI:1 et art. XIII:4/b, AMP 1994 [dans le même sens STEINER (2015), p. 23 : « *Article XIII(4)(b) GPA 1994 on award of contracts should not be interpreted as a negative statement on green public procurement* »]). Dans ce contexte, il sied de relever que, contrairement aux critères d'aptitude, réglementés de manière très détaillée (art. V:2, AMP 1979 et AMP 1988 ; art. VIII, AMP 1994), les AMP 1979, 1988 et 1994 ne contiennent aucune règle restreignant l'utilisation des critères d'adjudication qualitatifs (autres que le prix) qui ne sont pas contraires

aspects écologiques.³¹⁹ Ainsi, l'art. X:6, AMP 2012 précise que, sous réserve de l'interdiction générale de discrimination (cf. art. III:1 et 2 et art. X:1, AMP 2012), les adjudicateurs peuvent « adopter ou appliquer des spécifications techniques pour encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement » (cf. *supra* n. 27).³²⁰ Or, cette précision est introduite par la locution fixe « *for greater certainty* »³²¹ (« *para mayor certeza* » ; « il est entendu que »), qui implique qu'une règle précitée ou préexistante est mise en exergue afin de souligner que la règle s'applique effectivement. Cela laisse une place à l'idée selon laquelle l'AMP 2012 part du principe que, sous réserve de l'interdiction générale de discrimination, les spécifications visées à son article X:6 étaient déjà licites sous l'égide de l'ancien AMP (1994) et que cette disposition ne fait que clarifier ce point – afin d'augmenter la sécurité juridique.³²² Dans cette optique, les spécifications concernant les « procédés et méthodes de production » au sens de l'article VI:1, AMP

à l'interdiction générale de discrimination (cf. art. II:1 et :2 et art. V:14/f, AMP 1979 et AMP 1988 ; art. III:1 et :2 et art. XIII:4/b, AMP 1994).

³¹⁹ STEINER/KLINGLER (2023), p. 87.

³²⁰ Cette précision concerne en premier lieu les spécifications, visant la protection des ressources ou de l'environnement qui n'ont aucune répercussion sur le produit final (cf. *supra* n. 27).

³²¹ La traduction allemande de la version RS (« *Im Interesse grösserer Rechtssicherheit* ») colle par trop au texte anglais et ne reproduit pas le sens de celui-ci. Dans sa version allemande, la phrase, qui constitue l'art. X:6, AMP 2012, se lit comme si les spécifications écologiques avaient pour but d'augmenter la sécurité juridique, ce qui ne correspond manifestement pas au sens de la disposition. En fait, c'est dans le but d'augmenter la sécurité juridique que la disposition précitée précise ce qu'elle précise. En soi, les spécifications écologiques ne sauraient augmenter la sécurité du droit. Il aurait été préférable de s'orienter aux traductions faites par l'UE, où « *for greater certainty* » est normalement traduit en allemand par « *zur Klarstellung* » (aux fins de clarification ; cf., p.ex., art. 1.2/m, n.b.p. 2, de l'Accord entre l'Union européenne et le Japon pour un partenariat économique du 17 juillet 2018 [JO/UE L 330/3]) dans ses versions anglaise et allemande.

³²² Cf. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 8 : sous l'ancien droit, la question de savoir si des exigences concernant le processus de production, dont le respect n'a pas d'incidence sur le caractère physique du produit final, étaient ou non licites. Cf. ég. ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER (2023), p. 230 : « *Article X:6 makes clear that the GPA parties/their procuring entities may employ technical specifications to promote the conservation of natural resources or protect the environment. While arguably this was not forbidden even under the 1994 Agreement, the forthright new language sends a useful signal to the parties and their entities.* »

1994³²³ pouvaient viser des caractéristiques écologiques de la production qui n'ont aucun impact sur le produit final.³²⁴ En substance, la nouveauté de l'article X:6, AMP 2012 réside donc dans le fait que cette norme est explicite sur l'aspect écologique.

- 111 L'article X:9, AMP 2012 statue en outre que « les caractéristiques environnementales » du marché public en cause peuvent, entre autres, servir de critère d'adjudication qualitatif.³²⁵ Notamment, au vu de la proximité systématique des alinéas 6 et 9 de l'art. X, AMP 2012, il n'est pas osé de présumer que la notion de « caractéristiques environnementales » (al. 9) englobe en particulier les aspects visés par l'alinéa 6 (et ce, sous forme de spécifications facultatives, qui servent de critère d'adjudication).
- 112 Finalement, selon l'art. XX:7, AMP 2012, les Parties contractantes s'engagent à entrer en négociation, en particulier afin « d'améliorer l'Accord » et « de réduire et d'éliminer progressivement les mesures discriminatoires ». Pour faciliter la mise en œuvre de l'AMP 2012 et lesdites négo-

323 En raison du fait que les spécifications techniques selon l'art. VI:1, AMP 1994 pouvaient déjà viser les processus de production, la définition de la spécification technique contenue à l'art. 1, let. u, AMP 2012 est certes nouvelle en tant que telle, mais n'apporte rien de neuf sur le plan matériel (cf. cpdt ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER (2023), p. 230: « *a helpful new definition of the term <technical specification>* »). Sous l'empire de l'AMP 1994, il n'était pas contesté que des exigences concernant le processus de production pussent être une spécification technique; en revanche, l'insécurité juridique régnait sur la question de savoir si de telles exigences étaient licites lorsqu'elles n'avaient aucune répercussion sur la qualité physique du produit final, comme c'est le cas, p.ex., pour l'achat de « courant vert » (v. à cet égard CJUE, arrêt C-448/01 du 4.12.2003, *EVN et Wienstrom*, c. 30 ss; HAUSER/PISKÓTY [2023], n. 186 s.). La définition de l'art. 1, let. u, AMP 2012 n'apporte aucune réponse à cette question (car elle ne fait que mentionner les exigences concernant les processus de production, sans parler des répercussions sur le produit final), contrairement à l'art. X:6, AMP 2012, qui, en mentionnant la « préservation des ressources naturelles », se réfère à tout le moins de manière implicite aux exigences concernant le processus de production dont le respect n'a aucune influence sur la nature physique du produit final. En effet, les ressources naturelles sont avant tout sollicitées lors du processus de production, et la qualité de leur traitement (par les entreprises impliquées dans le processus) n'a normalement aucune répercussion sur le produit final. Dès lors, si l'AMP 2012 permet explicitement des spécifications techniques ayant pour but la préservation des ressources naturelles, il y a lieu d'en déduire qu'il n'importe pas dans ce cadre et dans celui de la protection de l'environnement (également visé à l'art. X:6, AMP 2012) que le respect des spécifications influe ou non sur la qualité physique du produit final.

324 STEINER (2014), n. 10.

325 ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER (2023), p. 230, p. 232.

ciations en vue d'un nouvel Accord, le Comité des marchés publics (de l'OMC; cf. art. XXI:1, AMP 2012) est tenu d'organiser des programmes de travail, notamment concernant « le traitement des marchés durables » (art. XXII:8/a/iii, AMP 2012). Le 30 mars 2012, le Comité a décidé d'initialiser ce programme et d'examiner en particulier les objectifs de la durabilité des marchés publics, les manières dont les États signataires mettent en œuvre cette durabilité, ainsi que la question de savoir comment celle-ci peut être promue en harmonie avec le principe « *best value for money* » (principe de l'optimisation des ressources) et avec les obligations internationales en matière de commerce des États signataires (cf. Annexe E, ch. 2, AMP 2012).³²⁶ Le moment venu,³²⁷ il en résultera un constat sur les mesures et politiques que le Comité « considère comme une pratique de la passation de marchés publics durables compatible avec le principe de l'optimisation des ressources et avec les obligations commerciales internationales des Parties » ainsi qu'un « rapport indiquant les mesures et les politiques constituant les meilleures pratiques » (cf. Annexe E, ch. 3, AMP 2012). D'ici là, les pays signataires disposent d'une certaine marge de manœuvre,³²⁸ à utiliser de bonne foi (notamment, sans intention de discriminer), en ce qui concerne la manière dont la considération du développement durable peut être harmonisée avec le principe de l'optimisation du marché, respectivement des ressources.

L'augmentation de la visibilité décrite ci-avant (cf. *supra* n. 110 ss) est l'expression de la vision plus holistique (cf. *supra* n. 56)³²⁹ que les organes

³²⁶ Cf. pour des informations détaillées sur le programme de travail concernant « le traitement des marchés durables » ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER (2023), p. 233 ss.

³²⁷ À ce jour, le programme de travail concernant la durabilité des marchés publics n'a publié aucun résultat. Cf. ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER (2023), p. 227: « *the Work Programme of the WTO Committee on Government Procurement on Sustainable Government Procurement [...] recently has been dormant* », p. 235: « *the [...] Work Programme has still to fulfil its promise. Work was stalled during the past year when the Committee was, unusually, without a Chairman. Thankfully, that situation has now been remedied with the very recent selection of Mr Martin Zbinden of Switzerland as the Committee's incoming Chair. Resumption of work on the Work Programme on Sustainable Procurement is urgently needed to fulfil the Committee's original mandate.* »

³²⁸ Message LMP, 1729; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 15.

³²⁹ STEINER/KLINGLER (2023), p. 88: du point de vue de l'objectif constitutionnel du développement durable « *a more holistic view of what economic international and economic administrative law should achieve* » est favorisée.

politiques entendaient adopter et de l'importance accrue qu'ils voulaient accorder aux aspects de durabilité dans le cadre des marchés publics et ce, au détriment d'une vision relevant purement de l'économie de gestion, voire d'une concentration sur la seule question du prix.³³⁰ En outre, plusieurs règles matériellement nouvelles ont été introduites concernant les aspects social et écologique des marchés publics (cf. en particulier art. 12, al. 2, 2^e phrase [cf. *supra* n. 36 ss], et al. 3, LMP/AIMP 2019; cf. ég. art. 29, al. 2, LMP/AIMP 2019 [concernant les critères des travailleurs âgés et la réinsertion des chômeurs; cf. *supra* n. 123] et art. 29, al. 4, LMP [concernant les exigences en matière de durabilité en cas d'adjudication sur la base du seul critère du prix le plus bas]³³¹). De surcroît, sur le plan de l'économie de gestion, l'accent a été mis sur une vision globale de la durabilité économique des prestations à acquérir, pour laquelle le prix d'investissement n'est pas le critère décisif, mais seulement l'une des valeurs à prendre en compte parmi bien d'autres paramètres de nature financière (cf. art. 29, al. 1, LMP/AIMP 2019: « coûts du cycle de vie »; cela étant, l'art. 27, al. 2, aOMP prévoyait déjà le critère d'adjudication des « coûts estimés pendant la durée de vie » depuis le 1^{er} janvier 2010³³²).³³³ D'ailleurs, le fait que la législation a désormais pour but officiel de promouvoir la durabilité des marchés publics dans tous ses aspects – l'économie (de gestion et politique), l'équilibre écologique et la société (art. 2, let. a, LMP/AIMP 2019; cf. *supra* n. 49 ss) – confirme et renforce le but d'éviter les pratiques socialement mauvaises (cf. *supra* n. 90, n. 92, n. 97 et n. 103) et introduit officiellement (cf. *supra* n. 110) le but de limiter les effets néfastes que les marchés publics peuvent avoir sur l'environnement et les ressources naturelles (cf. pour l'histoire de la prise en compte des aspects écologiques *supra* n. 93, n. 98 et n. 104; cf. cpdt pour les spécifications sociales *supra* n. 31). Ces buts sont poursuivis par le biais de libertés et d'obligations. Comme il l'a été démontré plus haut, les adjudicateurs qui souhaitent tenir compte des principes du développement durable disposent d'une grande liberté dans leurs choix (*supra* n. 20 ss), même s'il existe certaines

330 STEINER/KLINGLER (2023), p. 88 s. et p. 92 s.; STEINER (2020), p. 10; ZUFFEREY (2020), p. 6; DE ROSSA/DAVID (2020), n. 26.

331 Cf. *supra* n.b.p. 28.

332 RO 2009 6149.

333 Cf. ég. STEINER/KLINGLER (2023), p. 91, sous le titre du concept du « *Total Cost of Ownership (TCO)* ».

limites (cf. en particulier *supra* n. 22 ss, n. 59 ss, n. 73 ss et n. 80 ss). En outre, tous les pouvoirs adjudicateurs assujettis au droit révisé doivent respecter un certain nombre de devoirs légaux qui concernent directement, ou dont l'application influence indirectement, la durabilité de leurs marchés (cf. *supra* n. 58 ss).

c. La portée du but de durabilité du droit des marchés publics révisé

Les considérations ci-dessus (cf. *supra* n. 106 ss) démontrent que le droit des marchés publics révisé (LMP/AIMP 2019) poursuit des buts politiques qui sont en grande partie et pour l'essentiel les mêmes qu'auparavant, mais que ceux-ci ont été complétés par une prise en compte plus visible et davantage officialisée des aspects social, écologique et d'économie politique du développement durable, ainsi que par l'orientation des efforts liés à l'économie de gestion vers une vision globale du cycle de la vie des prestations.³³⁴ Au moment de chaque grande révision du droit des marchés publics, certains concepts et priorités politiques ont changé depuis l'adoption de la loi à modifier (cf. en particulier *supra* n. 101 s. et n. 108 ss). Ce qui n'a pas changé, c'est que le but principal et abstrait de ce droit réside dans une acquisition des prestations répondant au mieux aux besoins en question et produisant un minimum d'effets néfastes. S'il s'agit aujourd'hui d'orienter les pouvoirs adjudicateurs vers la durabilité économique, écologique et sociale de leur comportement, ce sont les prestations acquises concrètement, à savoir leurs effets économiques, écologiques et sociétaux (ainsi que les effets de leur processus de production), qui se trouvent au centre de l'attention (cf. en particulier *supra* n. 20 ss, n. 59 ss et n. 72 ss).

Comme sous l'égide du droit des années 1990, où le but de renforcer la concurrence (art. 1, al. 1, let. b, aLMP; cf. *supra* n. 101) visait les marchés concrets (resp., l'économicité de ceux-ci et l'égalité de traitement lors de leur passation³³⁵) – et le renforcement de la concurrence dans l'économie en général n'était qu'un effet secondaire généré à l'occasion

³³⁴ Cf. STEINER/KLINGLER (2023), p. 88: « *The idea is not to abandon the values gained in the 1990s, but to achieve a better balance between economic and non-economic goals* », p. 93: « *it can be argued that the Swiss procurement reform was less about regulatory changes than about a change of procurement culture.* »

³³⁵ Cf. BEYELER (2008), n. 72 ss et n. 77 ss.

de la passation concurrentielle d'un marché public (cf. *supra* n. 102) – le droit actuel vise la durabilité de l'achat public en tant que tel (cf. *supra* n. 49, n. 59 ss et n. 76 ss).³³⁶ Ainsi, la promotion de la durabilité dans l'économie et la société en général n'est qu'une conséquence secondaire de l'achat respectueux des principes du développement durable, et non pas un objectif que la loi impose à poursuivre activement et de manière indépendante de la durabilité du marché à adjuger dans un cas donné.³³⁷ Comme auparavant, le droit des marchés publics n'a pas pour but de promouvoir directement et généralement les intérêts de la société, de l'économie ou de la nature (cf. pour une exception *supra* n. 123).³³⁸ Au

³³⁶ Cf. ég. SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 536 : « *Kernfunktion des Vergaberechts ist weiterhin, für einen effizienten Einsatz der staatlichen Ressourcen zu sorgen. Der neu im Zweckartikel von Art. 2 lit. a IVöB genannte nachhaltige Einsatz von öffentlichen Mitteln bedeutet nicht einen völligen Richtungswechsel* » ; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2 LMP, n. 1 et n. 7 (cf. pour la citation *infra* n.b.p. 337) ; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 19 (cf. *infra* n.b.p. 346).

³³⁷ Dès lors, selon l'opinion défendue ici et en droit suisse à tout le moins, le but politique de « *leverage procurement's power to drive positive environmental and social impact* » (ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER [2023], p. 239) est poursuivi de manière exhaustive par l'orientation légale des marchés publics concrets à la durabilité, conformément aux dispositions applicables, et ne doit donc pas l'être en instrumentalisant des marchés publics concrets à des fins étrangères à ces marchés et à leur durabilité. D'un avis similaire TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 2, LMP n. 1 : « *Das Vergaberecht ist genuin ein Instrument zur Steuerung der Mittelverwendung* », n. 7 : « *Beschaffungsrecht steht weder im Dienst der Sozial- noch der Umweltpolitik* » ; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 19 (cf. *infra* n.b.p. 346) ; SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 536 (cf. pour la citation *supra* n.b.p. 336).

³³⁸ D'un autre avis STEINER/KLINGLER (2023), p. 88. Selon cette opinion, le droit des marchés publics révisé constitue un moyen servant au but de la durabilité (dans un sens général, resp. global) : « *Public procurement law is now officially recognised – in accordance with the UN Sustainable Development goals (SDGs) – as a means of achieving sustainability* ». Or, selon l'opinion défendue dans le présent texte, le droit des marchés publics est un moyen servant à réglementer la passation des marchés publics et ce, entre autres, d'une manière économiquement, écologiquement et socialement durable ainsi qu'en respectant l'égalité de traitement. Ce droit n'a pas pour but de promouvoir la durabilité des activités humaines en général, mais spécifiquement et premièrement la durabilité des marchés publics. Si, par la poursuite de ce but précis, il contribue indirectement au développement durable de l'humanité tout en général, il ne s'agit là que d'un effet secondaire, certes souhaitable, mais non pas visé en premier lieu. Dès lors que l'on part de l'idée que le droit des marchés publics ne sert pas premièrement à l'optimisation de la passation des marchés publics, mais constitue un simple instrument au service de la promotion du développement durable en général, opérant au profit de la poursuite de cet objectif global, l'on risque de négliger les besoins spécifiques que les marchés publics sont censés

contraire, il a le but principal très précis d'assurer la disponibilité des prestations répondant aux besoins de manière optimale, tout en minimisant les effets néfastes³³⁹ de celles-ci en termes économiques, écologiques et sociaux. Bien que certains effets généraux du droit des marchés publics, qui sont à qualifier de secondaires, soient souhaités par les organes législatifs compétents, leur existence ne change rien au caractère spécial de ce droit et de ses buts. Le fait que l'article 29, alinéa 2, LMP/AIMP 2019 (cf. *infra* n. 123) constitue une exception à ce qui vient d'être dit corrobore ce constat. En effet, les critères prévus par cette disposition ne sont pas liés au marché, mais poursuivent d'autres politiques, raison pour laquelle il a été nécessaire de créer une base légale expresse³⁴⁰ pour les permettre (dans le domaine non assujéti au droit international). En ce sens, l'article 29, alinéa 2, LMP/AIMP 2019 confirme le principe de base selon lequel des critères non liés au marché ne sont pas admissibles (cf. art. 29, al. 1, LMP/AIMP 2019: « en lien avec les prestations »).

Par ailleurs, si le programme de travail concernant la durabilité des marchés publics, que le Comité des marchés publics de l'OMC a entrepris conformément à l'art. XXII:8/a/iii et à l'Annexe E, AMP 2012 (cf. *supra* n. 112), vise en particulier à clarifier comment la promotion de la durabilité peut être harmonisée avec le « principe de l'optimisation des ressources » (Annexe E, ch. 2, let. c et ch. 3, AMP 2012), c'est parce que du point de vue de l'AMP 2012 (ou à tout le moins du Comité, dans lequel se réunissent des représentant.e.s de tous les États signataires; cf. art. XXI:1, AMP 2012), les marchés publics servent à couvrir de manière durable un besoin concret, issu de l'accomplissement d'une tâche, et ne constituent pas un instrument au service d'autres politiques. Le fait

satisfaisant. Dans cette logique, en cas de conflit entre le but de promotion générale du développement durable et le but de couvrir au mieux les besoins des adjudicateurs publics, l'on se contenterait d'une couverture sous-optimale des besoins afin de mieux poursuivre le but général.

339 Cf. à cet égard HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 191.

340 Cf. STEINER (2014), n. 16.

de souligner le principe de l'optimisation des ressources dans le contexte de la durabilité indique qu'il y a lieu, selon l'avis du Comité et l'opinion défendue ici, de se concentrer sur l'optimisation – dans le sens du développement durable – des marchés publics et de ne pas permettre que ceux-ci soient assujettis à des compromis au bénéfice de la poursuite d'une politique générale de durabilité.

5. Conclusion

117 À toutes les époques analysées ci-avant (cf. *supra* n. 86 ss), le droit des marchés publics avait (et a encore actuellement) pour but premier d'assurer un investissement public qui, au service de la couverture des besoins générés par l'accomplissement des tâches publiques, atteint un rapport qualité-prix optimal. Il n'en demeure pas moins que des préoccupations concernant les conséquences qu'ont les marchés publics sur le plan social (et plus tard, écologique) et dans l'économie politique existent depuis longtemps. Si, quant à l'aspect social, une certaine continuité des règles peut être constatée – en ce sens qu'il s'agit pour l'essentiel toujours de respecter le droit du travail applicable (et, éventuellement, des usages) – les idées majoritaires ont changé plusieurs fois concernant la question de savoir quel degré d'ouverture des marchés à la concurrence permet d'atteindre la meilleure prospérité de l'économie (nationale). Si la fermeture (relative) des marchés publics semble constituer en quelque sorte le modèle traditionnel (cf. *supra* n. 89 et n. 92), celui-ci a été écarté plusieurs fois au profit de l'ouverture des marchés à une concurrence plus large (cf. *supra* n. 94 et n. 101 s.), qui est restée dominante sous le droit actuel (cf. *supra* n. 109), en dépit de la survenue d'un nouvel élément protectionniste³⁴¹ (cf. *supra* n. 54) ainsi que du fait que la non-ouverture des marchés publics en dessous de certaines valeurs-seuils et de certains

³⁴¹ Cf. ég. art. 19, LCPubb/TI (n.b.p. 154) dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2020 (cf. pour une présentation en détail et une critique de cette norme DE ROSSA GISIMUNDO [2019], p. 174 s.; cf. ég. SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 522 s.). Selon cette disposition, devant les autorités assujetties au droit tessinois, les soumissionnaires doivent avoir leur domicile ou siège en Suisse (sauf si un traité international s'applique; cf. art. 1, al. 2, LCPubb/TI; cf. pour des exceptions à la règle du domicile ou siège suisse dans le domaine non assujetti aux traités, art. 4, al. 3, LCPubb/TI). Cette disposition n'a pas été adoptée en transposition de l'AIMP 2019 (auquel le canton de Tessin n'a à ce jour pas adhéré), mais sous l'empire de l'AIMP 2001. Indépendamment de ce constat, elle reflète le retour des tendances protectionnistes depuis les années 2010 (DE ROSSA GISIMUNDO [2019], p. 173 ss).

types à la concurrence internationale, qui subsiste sous le droit actuel, poursuit, entre autres, des buts protectionnistes.

Cela étant, le protectionnisme est couvert par la notion de la durabilité économique des marchés publics en ce sens que, tout comme l'ouverture et l'élargissement de la concurrence, il traduit une certaine idée de la manière dont les marchés publics peuvent être conçus et adjugés en garantissant au mieux la prospérité de l'économie. Que l'on adhère à cette idée ou à celle contraire, selon laquelle l'ouverture et l'approfondissement de la concurrence assurent au mieux la prospérité générale de l'économie, il s'agit toujours d'une opinion sur l'optimisation des conséquences qu'ont les marchés publics concrets dans l'économie (et sur la direction que les effets secondaires des marchés doivent prendre).³⁴² L'on ne saurait dire que l'une des idées est liée au marché et que l'autre lui est étrangère, étant donné que toutes deux traitent en premier lieu des conséquences de la passation des marchés publics. Cela dit, les droits des marchés publics international et interne en vigueur interdisent en principe le protectionnisme (international et national) et tranchent ainsi en faveur de la concurrence (cf. art. 2, let. c et let. d et art. 6, al. 1, LMP/AIMP 2019; art. 5, LMI). Des éléments protectionnistes sont licites seulement lorsque le droit applicable le prévoit de manière expresse et en conformité avec le droit supérieur applicable (en particulier: traités internationaux, Cst.³⁴³ et LMI).

Les règles analysées ne contiennent qu'un nombre restreint de véritables instrumentalisations des marchés publics à des fins autres que l'optimisation du marché et de ses conséquences. Or, dans la mesure où le fait de préférer les chemins de fer comme moyen de transport des marchandises achetées ainsi que de payer aux soumissionnaires le transport par le système Cargo domicile (cf. *supra* n. 98) était dû au but d'une subvention croisée des chemins de fer fédéraux, il s'agissait d'une conception du marché à des fins autres – même si on peut aussi y voir la prise en

³⁴² Cela est en particulier vrai pour l'instruction que le Conseiller fédéral et chef du Département fédéral des finances NELLO CELIO avait donnée en 1970, en vertu de laquelle l'administration fédérale était appelée à augmenter la part des achats effectués à l'étranger et ce, afin de freiner la surchauffe conjoncturelle qui à l'époque régnait en Suisse: cf. COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 180 avec n.b.p. 61.

³⁴³ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999; RS 101.

compte des effets écologiques des marchés publics. En outre, les critères d'adjudication concernant les places d'apprentissage (cf. *supra* n. 97, n. 103 et *infra* n. 123), les places de travail pour les personnes âgées et la réinsertion pour les chômeurs de longue durée (cf. *infra* n. 123) relèvent d'une instrumentalisation des marchés publics à des fins étrangères à l'optimisation des conséquences d'un marché public.

B. Le but d'un marché public concret

120 Même si l'analyse historique et celle du droit actuel démontrent qu'il existe une certaine tradition d'édicter des règles ou d'adopter des stratégies allant au-delà, il peut être constaté que, pour le droit actuel (cf. *supra* n. 114 ss), en tant que tel, un marché public concret a pour seul but la couverture optimale des besoins, générés par l'accomplissement des tâches des adjudicateurs, que les prestations faisant l'objet du marché sont censées satisfaire, et l'optimisation des conséquences de ce marché. Celui-ci n'est (en principe; cf. *infra* n. 123) pas au service de la poursuite de buts de politique générale.³⁴⁴

³⁴⁴ Cf. ég. POLTIER (2023), n. 668: « Il faut souligner [...] que de telles exigences [n'ayant pas d'impact sur le produit final] ne peuvent porter que sur les conditions de production des biens et services à acquérir et ne sauraient viser au surplus la politique générale du soumissionnaire; en d'autres termes, dans le cadre d'un marché déterminé, le pouvoir adjudicateur ne peut pas sélectionner ou favoriser des entreprises qui mènent une politique générale favorable sur le plan social, par exemple en matière salariale »; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 3: « *Was in anderen Politikbereichen richtig ist, gilt auch hier: Für jedes Politikziel ist das geeignete Instrument zu wählen* » (c.-à-d., les buts étrangers aux marchés publics – durabilité du marché public, égalité de traitement, transparence et concurrence – doivent le cas échéant être poursuivis par une législation spéciale et non pas par le biais du droit des marchés publics). Cf. ég. COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 263: « Le principal critère appliqué aux achats publics demeure [...] celui de l'emploi efficace et ménager des fonds. L'on dispose d'instruments spécifiques pour atteindre les différents buts d'économie politique [...]. Il convient de s'en souvenir afin de ne pas se perdre dans le dédale de la grande variété des objectifs et intérêts liés aux achats publics. » – D'un autre avis (les marchés publics au service de la promotion de la durabilité de l'économie entière): BO/CN 2018 996 (vote de la Conseillère nationale REGULA RYTZ): « *Die geballte Konsumentenkraft von Bund, Kantonen und Gemeinden kann auch ein Hebel für Innovation und Nachhaltigkeit sein [...]. Die geballte Konsumentenkraft von Bund, Kantonen und Gemeinden soll neu auch in der Schweiz so eingesetzt werden, dass langfristiger gesellschaftlicher und volkswirtschaftlicher Nutzen entsteht* » (selon l'opinion défendue ici, le fait que la formulation « *geballte Konsumentenkraft* » [« pouvoir d'achat concentré »; trad. par réd.] ait été utilisée à deux reprises dans le même vote démontre que la conseillère

1. La couverture des besoins

Le marché public est un échange de prestations servant à couvrir les besoins concrets générés (du côté de l'adjudicateur) par la poursuite de décisions politiques basées sur des lois spéciales de droit public. En ce sens, un marché public concret devrait avoir pour but de satisfaire au mieux le besoin en prestations donné, afin de servir au mieux l'accomplissement de la tâche publique dont il s'agit dans le cas d'espèce.³⁴⁵ Tou-

nationale RYTZ entendait souligner que son but était d'instrumentaliser le pouvoir d'achat public à des fins de politique générale se trouvant au-delà du marché concret, de sa durabilité et des tâches dont il est censé permettre l'accomplissement, et de ne pas se limiter à l'optimisation de la durabilité du marché et aux effets secondaires de celle-ci). Cf. ég. BO/CN 2018 997 (vote de la conseillère nationale ADÈLE THORENS GOUMAZ): « Les marchés publics sont un important levier pour encourager une économie verte, soit une économie qui ménage les ressources. En Suisse, nous devons profiter de l'impulsion donnée par les récentes évolutions internationales pour moderniser notre droit en y intégrant des dispositions favorisant les prestations orientées sur la durabilité » (il est intéressant de relever que, dans la première phrase citée, en évoquant l'« important levier » que constitue l'achat public, la Conseillère nationale THORENS GOUMAZ semble préconiser une instrumentalisation des marchés publics à des fins de politique générale, tandis que la deuxième phrase se concentre sur la durabilité des marchés publics en tant que tels). Il ressort de ces votes que leurs auteures ne s'intéressent pas premièrement à la couverture des besoins des adjudicateurs publics (qui accomplissent des tâches publiques s'inscrivant, le cas échéant, dans une politique de promotion du développement durable) mais surtout à une instrumentalisation du pouvoir économique des adjudicateurs à des fins indépendantes de la couverture des besoins. Cf. pour une autre forme d'instrumentalisation *infra* n.b.p. 345.

³⁴⁵ Cf. en ce sens BO/CE 2019 313 (vote du Conseiller aux États ANDREA CARONI): « *Sie haben gesagt, Herr Bundespräsident, Ziel des Beschaffungswesens sei es, möglichst alle Aufträge im Inland zu vergeben, und jetzt schauen wir noch, wie wir das möglichst raffiniert machen. Ich sage: Ziel des Beschaffungswesens ist es, für den Steuerzahler und die Einwohner in diesem Land zu einem möglichst guten Preis-Leistungs-Verhältnis öffentliche Leistungen beschaffen zu können* » (cf. BO/CE 2019 310, vote du Président de la Confédération UELI MAURER: « *Eigentlich ist es das Ziel, möglichst viele Aufträge im Inland zu vergeben* »). – Cf. ég. FETZ/STEINER (2020), n. 47a: « *der Staat sagt also <nur>, was er selbst einkaufen will* ». Ces auteurs soulignent, dans le contexte de la discussion des exigences et critères écologiques et sociaux, que dans le cas de la passation d'un marché public, l'État n'est pas un régulateur mais se limite à définir (dans l'appel d'offres) ce qu'il souhaite acheter. Selon l'opinion défendue ici, l'on peut déduire de ce constat que les exigences et critères écologiques doivent se limiter à l'optimisation des prestations à acquérir et des conséquences de la production desdites prestations. Si un adjudicateur public établit des exigences ou des critères allant au-delà, il se rapproche d'un régulateur (et a besoin d'une base légale expresse, à l'instar de l'art. 29, al. 2, LMP/AIMP 2019, pour ce faire; cf. STEINER [2014], n. 16).

tefois, le fait que ladite tâche est accomplie dans l'intérêt d'une politique concrète donnée ne signifie pas que les marchés publics sont mis au service de certaines politiques générales. La politique qui fonde une tâche donnée, pour laquelle une acquisition est nécessaire, ne doit pas être confondue avec les politiques générales que l'on pourrait être tenté de poursuivre en instrumentalisant les marchés publics. Dans chaque cas d'espèce, il s'agit de la poursuite d'une autre politique spécifique, et celle-ci est dans tous les cas le mieux servie si l'adjudicateur public se concentre sur l'optimisation de son marché destiné à soutenir la tâche (et donc la politique) en question, ainsi que sur l'optimisation des conséquences de ce marché.

- 122 Dans le même sens, le fait qu'en influant (c.-à-d., en adoptant des règles) sur la manière dont les marchés publics sont adjugés, la législation sur les marchés publics vise aussi la production de certains effets secondaires dans la société, l'économie et la nature (cf. *supra* n. 102 et n. 114 ss), ne change rien ; cela ne signifie pas qu'il y ait lieu de chercher à atteindre ces effets en premier lieu et de prendre des mesures allant au-delà de l'optimisation des prestations à acquérir (et de leur processus de production). Dès lors, si la législation actuelle oblige dans une certaine mesure les pouvoirs adjudicateurs à intégrer les questions de durabilité liées à leur marché public concret (et à la production des prestations dont il s'agit ; cf. *supra* n. 58 ss), elle ne les contraint ni ne les habilite à spécifier ou à adjuger le marché au profit d'objectifs politiques externes à l'optimisation (au sens du développement durable) du marché public concret et de sa passation (cf. en particulier *supra* n. 59 ss, n. 67, n. 73 ss et n. 114 ss).³⁴⁶ D'ailleurs, une spécification ou un critère d'adjudication servant d'autres buts que l'optimisation du marché concret serait nécessairement détrimentaire à l'adéquation, à la qualité ou au prix de ce

³⁴⁶ Cf. ég. TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 19 : selon cet auteur, le droit des marchés publics n'est pas un instrument au service des politiques sociale et environnementale, mais a pour but l'optimisation du rapport qualité-prix du marché public, tout en évitant des effets néfastes de ce marché que l'économie libre n'arrive pas à éviter (dysfonctionnements de l'économie de marché). Cette optimisation englobe, selon l'auteur précité (op. cit., n. 17), les aspects écologiques et sociaux de la durabilité tant que ceux-ci sont liés à l'objet du marché. Cf. ég. SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 536 ; POLTIER (2023), n. 668.

marché,³⁴⁷ voire à l'égalité de traitement dans la procédure d'adjudication, et entrerait dès lors en contradiction avec les buts principaux du droit des marchés publics (cf. art. 2, LMP/AIMP 2019).

2. *Les instrumentalisations licites*

Dans la mesure où la loi applicable prévoit de manière expresse que les pouvoirs adjudicateurs peuvent ou doivent saisir l'occasion de la pas- 123
sation d'un marché public pour utiliser ce marché à des fins autres que l'optimisation de l'opération d'acquisition,³⁴⁸ cette utilisation est permise,³⁴⁹ du moins dans le domaine des marchés non soumis au droit international et dans le cadre du droit supérieur.³⁵⁰ Tel pourrait être le cas pour les critères d'adjudication prévus à l'article 29, alinéa 2, LMP/AIMP 2019, qui, selon le texte de la loi, ne sont admissibles que dans le

³⁴⁷ Cf. ég. COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), p. 263 (cf. pour la citation *supra* n.b.p. 141).

³⁴⁸ Dans l'ATF 140 I 285, le Tribunal fédéral distingue de manière nette (c. 5.2–5.3) les critères d'adjudication au service de l'optimisation du marché public (c. 6) de ceux servant à des buts non liés au marché en question (c. 7). En effet, tandis que les seconds nécessitent une base légale expresse, ce n'est pas le cas des premiers (c. 5.2 et 7.1–7.3). – Cf. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 16, qui qualifient les critères d'adjudication prévus à l'art. 29, al. 2, LMP (« places de formation professionnelle initiale, [...] places de travail pour les travailleurs âgés ou [...] réinsertion pour les chômeurs de longue durée ») d'étrangers au marché public (« *Fremdkörper [...] im Rahmen des Vergaberechts* »), soit de critères ne servant pas à l'optimisation du marché public et de sa durabilité.

³⁴⁹ Cf. ATF 140 I 285, c. 7. Cet arrêt concerne l'ancien droit. Toutefois, le fait que l'art. 29, al. 2, LMP/AIMP 2019 mentionne trois critères d'adjudication non liés au marché concret (dont le critère de la formation initiale; cf. ATF précité, c. 7.3) et procure dès lors à ces critères une base légale expresse, démontre que les organes législatifs n'ont pas eu l'intention de se départir de la jurisprudence du TF, mais au contraire de la maintenir, en confirmant la règle selon laquelle des critères sans lien avec le marché ne sont admissibles que s'ils se fondent sur une base légale expresse. Cf. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 16; HAUSER/PIŠKÓTY (2023), n. 210; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 30. – Cf. pour l'ancien droit Rapport CER/CN, 4872: « En mentionnant la formation de personnes en formation professionnelle initiale dans la liste [légale] des critères d'adjudication [art. 21, al. 1, aLMP], *il devient possible* de prendre cet aspect en considération pour déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement » (mis en italique par réd.). Comme dans l'ATF précité, l'on partait du principe que de tels critères d'adjudication n'étaient permis que si une base légale les prévoyait expressément.

³⁵⁰ Cf. Message LMP, 1789 s. (concernant le critère de la formation professionnelle initiale). Cf. ég. TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 16; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 30.

domaine non assujéti aux traités internationaux³⁵¹ et qui ne concernent pas le marché concret, mais des comportements généraux des soumissionnaires,³⁵² à savoir leurs activités en matière de places de formation professionnelle initiale, de places de travail pour les personnes âgées, ainsi que de la réinsertion pour les chômeurs de longue durée. L'instrumentalisation d'un marché public aux fins des buts politiques qui sous-tendent ces critères non liés au but de l'optimisation du marché semble être licite en raison du fait qu'elle est prévue dans la loi et que cette dernière limite l'application des critères en cause au domaine non assujéti au droit international; demeure réservée la question de la conformité desdits critères avec le principe constitutionnel de la neutralité concurrentielle (cf. les références citées au *supra* n. 54; cf. cpdt pour la LMP art. 190 Cst.). En dehors de l'article 29, alinéa 2, LMP/AIMP 2019, des critères sans lien avec le marché ne sont pas admissibles (cf. art. 29, al. 1, LMP/AIMP 2019; cf. *supra* n. 60 s.)³⁵³ – l'existence de la disposition précitée, qui déroge à ce principe, le confirme (cf. *supra* n. 61 et n. 115). Il en va de même des spécifications ne servant pas l'optimisation du marché (et de la production des prestations; cf. *supra* n. 20 ss, spéc. n. 26),³⁵⁴ qui sont nécessairement contraires aux intérêts pour lesquels le marché concret est entrepris, et qui contreviennent dès lors aux principaux buts du droit des marchés publics (cf. ég. *supra* n. 54).³⁵⁵

124 Constitue notamment une instrumentalisation inadmissible d'un marché public à des fins résidant au-delà du marché concret (et des intérêts aux-

351 Cf. ég. LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 30; TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 16.

352 Cf. cpdt la différenciation proposée à juste titre par HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 318 (cf. à ce sujet *supra* n.b.p. 142).

353 TRÜEB/CLAUSEN (2021), art. 29, LMP n. 16; Message LMP, 1730 (le Conseil fédéral retient qu'un critère d'adjudication doit « toujours », resp. « systématiquement », avoir « un lien objectif avec l'objet du marché », ce qui doit être interprété en ce sens qu'une exception ne vaut que pour les critères énumérés de manière expresse à l'art. 29, al. 2, LMP, dont le Conseil fédéral traite aux p. 1789 s. du Message précité). Cf. ég. POLTIER (2023), n. 669 (« critères « étrangers » au marché, limitativement énumérés »); HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 198; LOCHER/OECHSLIN (2020), art. 29, LMP/AIMP 2019 n. 25.

354 Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 192 s. et n. 198 s.

355 Cf. Message LMP, 1730: « nécessité, en présence de spécifications techniques ou de critères d'adjudication d'ordre écologique, de se demander systématiquement si ces critères ont un lien objectif avec l'objet du marché ».

quels ce marché est censé servir ; cf. *supra* n. 121 et n. 123) le fait d'honorer, par un critère d'adjudication, certains comportements ou politiques généraux du soumissionnaire,³⁵⁶ de ses employé.e.s ou de ses partenaires commerciaux qui sont jugés particulièrement « durables »,³⁵⁷ à moins que les efforts en question n'aient une répercussion notable sur la qualité (durabilité) des prestations en question (resp. de leur production ; cf. *supra* n. 39 et n. 64). Ainsi, selon l'opinion défendue ici, il n'est pas admissible d'établir un critère d'adjudication prévoyant d'attribuer des points aux offres dont les soumissionnaires incitent leurs employé.e.s à renoncer à la voiture pour se rendre au travail ou à manger des repas végétariens dans les cantines de l'entreprise, voire proposent une solution de crèche pour les enfants de leur personnel.³⁵⁸ Il en va de même des critères exigeant que les soumissionnaires poursuivent généralement une certaine politique environnementale ou en matière d'égalité de chances,³⁵⁹ ainsi que d'un critère prescrivant qu'ils n'utilisent que du papier recyclé dans leurs bureaux.³⁶⁰ S'il est vrai que le fait de se fournir auprès d'entreprises actives dans ces domaines est susceptible de diminuer l'envergure de l'empreinte écologique ou sociale causée par l'achat en question, il est également vrai que de telles mesures n'exercent pas une influence notable sur la durabilité du marché en question et qu'elles ne concernent pas non plus des questions fondamentales (cf. *supra* n. 31, n. 36 et n. 38) proches de celles adressées à l'article 12, alinéa 1-3, LMP/AIMP 2019.³⁶¹

3. À propos de l'« usage stratégique » des marchés publics

Au vu des constats précédents (cf. *supra* n. 120 ss), dans la mesure où les formulations « usage stratégique des marchés publics »,³⁶² « *strategic use*

³⁵⁶ HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 190 et n. 199 ; POLTIER (2023), n. 668.

³⁵⁷ Cf., pour un critère des années 1980 (« attitude sociale et style de direction de l'entreprise ») qui allait dans ce sens, *supra* n. 97.

³⁵⁸ Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 190 et n. 199.

³⁵⁹ HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 190 et n. 199.

³⁶⁰ STEINER (2014), n. 11.

³⁶¹ Cf., au sujet des critères d'adjudication sociaux concernant des questions fondamentales et visant exceptionnellement (par substitution) l'entreprise soumissionnaire en tant que telle, lorsque le critère ne peut être appliqué au seul processus de production des prestations concrètement à acquérir, *supra* n. 39 et n. 64.

³⁶² DE ROSSA/DAVID (2020), n. 2.

of public procurement », ³⁶³ « *use of public procurement to promote shared societal goals* » ³⁶⁴ et « *leverage procurement's power to drive positive environmental and social impact* » ³⁶⁵ doivent être comprises en ce sens qu'elles traduisent l'idée que le droit des marchés publics permet d'instrumentaliser un marché public (cf. *supra* n. 119 et n. 123 s.) à des fins autres que la couverture des besoins générés par l'accomplissement de la tâche publique en question (et ce, conformément aux principes du développement durable, pendant la production et l'entier de la vie du produit), il conviendrait de constater que selon l'opinion défendue ici, ³⁶⁶ ladite idée n'est pas couverte par le droit (suisse) applicable (cf. cpdt *supra* n. 123). ³⁶⁷ Le fait que l'optimisation de la durabilité des marchés publics et de leurs conséquences soit conforme au droit (cf. en particulier

³⁶³ STEINER/KLINGLER (2023), p. 89.

³⁶⁴ STEINER/KLINGLER (2023), p. 89.

³⁶⁵ ANDERSON/SALGUEIRO/SCHOONER/STEINER (2023), p. 239.

³⁶⁶ Cf. par rapport au droit européen HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 184 ss et n. 191 ss.

³⁶⁷ Cf. ég. STEINER (2014), n. 2: « *Es bleibt bei der Zielsetzung, das Vergaberecht nicht über den Gegenstand der Beschaffung hinaus als Mittel zur Umerziehung von Unternehmen zu verwenden* », n. 11 et n. 13; cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 205. – D'un avis contraire DE ROSSA/DAVID (2020), n. 3 et n. 29 (cf. pour les citations *supra* n.b.p. 186). Cet avis est basé (cf. op. cit., n.b.p. 96) sur le Message LMP, 1729, et sur les débats parlementaires (dans leur globalité). Or, dans la mesure où il devait ressortir de la Stratégie du Conseil fédéral pour le développement durable 2016-2019 (cité dans le Message LMP, 1729) que le Conseil fédéral entendrait instrumentaliser les marchés publics afin d'influer sur le comportement général des entreprises (au lieu d'optimiser les marchés publics et leurs conséquences dans l'intérêt des tâches publiques à accomplir), cela ne signifierait tout de même aucunement que la LMP puisse être interprétée en ce sens. Du reste, l'on ne saurait déduire des débats parlementaires (pris dans leur globalité) que l'Assemblée fédérale avait l'intention de permettre l'instrumentalisation des marchés publics au-delà de l'art. 29, al. 2, LMP. L'exigence du lien avec le marché selon l'art. 29, al. 1, LMP, ainsi que l'exception de l'art. 29, al. 2, LMP, démontrent que le pouvoir législatif avait l'intention de poser le principe de la non-instrumentalisation. Partant, s'il existait une stratégie de développement durable ou d'achats publics du pouvoir exécutif selon laquelle une instrumentalisation allant au-delà serait prévue, se poserait uniquement la question de savoir dans quelle mesure elle pourrait être conforme à la LMP. Cf. au demeurant Message LMP, 1847: « En accord avec la stratégie pour le développement durable du Conseil fédéral, la question du développement durable est inscrite dans le P-LMP [...]. La révision totale de la LMP permet ainsi de créer les bases légales d'une politique de marchés publics durables. » Le Conseil fédéral ne semble pas méconnaître la hiérarchie entre la loi et ses stratégies, qui doivent être conformes à la loi. C'est cette dernière qui établit la base et les limites des stratégies d'achat du pouvoir exécutif. Dès lors, c'est la LMP qui répond à la question de savoir dans quelle mesure

supra n. 19 ss et n. 58 ss), à l'instar des effets secondaires que les mesures assurant la durabilité du marché engendrent (cf. *supra* n. 106 ss et n. 115), ne signifie pas qu'il est licite d'instrumentaliser le pouvoir d'achat des adjudicateurs publics afin de poursuivre des buts étrangers à l'optimisation du marché.

Il convient d'ajouter que si le considérant 47 de la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE du 26 février 2014³⁶⁸ parle, dans le contexte de la promotion des innovations, d'un « usage stratégique des marchés publics » (« *strategic use of public procurement* »),³⁶⁹ cela vise en premier lieu l'optimisation des marchés publics – les effets généraux (qui le cas échéant, ont lieu au-delà du marché public en question) étant des effets secondaires. En fait, le considérant précité précise qu'il y a lieu de « stimuler l'innovation » des soumissionnaires pour la raison suivante: « L'acquisition de produits, travaux et services innovants joue un rôle essentiel dans l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics tout en permettant de faire face aux grands enjeux de société. Elle aide à parvenir à une utilisation optimale des deniers publics ainsi qu'à dégager de plus larges avantages économiques, environnementaux et sociétaux à travers les nouvelles idées générées, leur concrétisation sous la forme de produits et services innovants et, partant, la promotion d'une croissance économique durable » (mis en italiques par réd.). Dès lors, tout « usage stratégique des marchés publics » doit nécessairement se faire à travers l'optimisation (dans le sens des principes du développement durable) du marché public concrètement en question et ce, dans l'intérêt des besoins à satisfaire par les prestations faisant l'objet dudit marché. 126

les stratégies du Conseil fédéral existant au moment de la rédaction de la P-LMP ont été érigées en règles et principes légaux.

³⁶⁸ Directive 2014/24 – JO/UE L 94/65.

³⁶⁹ Cf. ég. HAUSER/PISKÓTY (2023), n. 139, avec des références à des voix doctrinales qui, en se basant sur l'avis de la Commission européenne (Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics – Vers un marché européen des contrats publics plus performant, du 27 janvier 2011 COM(2011) 15 final, p. 35), semblent partir de l'idée que les directives européennes sur les marchés publics de 2014 permettent d'instrumentaliser les marchés publics à des fins étrangères à l'optimisation de la durabilité desdits marchés.

- 127 C'est en ce sens que le Message LMP précise, au sujet du critère d'adjudication du « caractère innovant » des prestations offertes (cf. art. 29, al. 1, 2^e phrase *in fine*, LMP/AIMP 2019), que, dans la perspective du droit des marchés publics, l'innovation n'est pas une fin en soi, et qu'il y a lieu de limiter l'évaluation du caractère innovant des prestations offertes aux innovations utiles à la poursuite des buts que le produit à acquérir est censé soutenir: selon le Message précité, les adjudicateurs publics ne sont pas obligés de « privilégier à tout prix les nouvelles technologies par rapport aux solutions éprouvées. Ainsi, ils ne devront pas faire développer une nouvelle solution logicielle si une solution standard possède toutes les fonctions requises. Le caractère innovant n'est pas un critère autonome, mais un aspect du critère de la rentabilité ». ³⁷⁰ Partant, il ne s'agit pas d'évaluer, dans le cadre d'une adjudication d'un marché public, des innovations offertes qui sont (ou seront) peut-être généralement utiles pour la société dans une perspective d'économie politique mais qui n'ont aucune utilité concrète pour l'adjudicateur qui utilise ou consomme la prestation en question. Le critère d'adjudication du caractère innovant de la prestation offerte ne doit dès lors pas servir à promouvoir les innovations des entreprises privées de manière abstraite et au détriment de la qualité ou du prix de l'acquisition publique. C'est par le fait d'honorer une offre innovante (sous un critère d'adjudication établi dans le cas d'espèce) qui représente une plus-value concrètement utile à la lumière des intérêts poursuivis par l'adjudicateur que, au titre d'effets secondaires, peut-être l'économie, la société ou la nature bénéficieront en général des avantages de l'innovation en question. Il en va de même, *mutatis mutandis*, pour les critères d'adjudication visant les aspects écologique ou social du développement durable. Ceux-ci ne doivent pas viser l'atteinte de certains buts généraux (sans lien avec le marché; cf. *supra* n. 59 ss) ³⁷¹ au détriment de la durabilité économique, écologique et sociale du marché public à adjuger concrètement. Leur application, limitée au marché concret, engendrera le cas échéant des effets secondaires positifs pour la société ou l'équilibre écologique.
- 128 Il sied de conclure que l'« usage stratégique des marchés publics » au profit du développement durable dans un sens général consiste exclu-

³⁷⁰ Message LMP, 1789.

³⁷¹ POLTIER (2023), n. 668; SCHNEIDER HEUSI (2023), p. 536; TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 19.

sivement en le respect des obligations légales du droit des marchés publics (cf. *supra* n. 58 ss) et en l'usage des marges de manœuvre que ce droit laisse aux adjudicateurs dans le domaine de l'optimisation économique, écologique et sociale de leurs marchés (cf. *supra* n. 6 ss et n. 19 ss.; cf. ég. *supra* n. 114 ss). Les effets secondaires qui en résultent sont licites tant qu'ils restent des effets secondaires.

4. Conclusion

Pour résumer, selon l'opinion défendue ici, le but d'un marché public concret est de satisfaire un besoin concret et de soutenir l'accomplissement d'une tâche (publique) concrète. Les pouvoirs adjudicateurs sont appelés à se concentrer sur l'optimisation (sous tous les aspects du développement durable) de leurs marchés et à laisser du reste aux entreprises soumissionnaires (et sous-traitantes) la liberté d'être actives dans le cadre des lois applicables – à moins que la loi, à l'instar de l'article 29, alinéa 2, LMP/AIMP 2019, n'en dispose autrement, tout en respectant le droit supérieur.³⁷² 129

³⁷² Partant de cette vision des choses, la critique de TRÜEB (2020), art. 2, LMP/AIMP 2019 n. 2, selon laquelle le droit des marchés publics révisé est une surface de projection pour un nombre toujours croissant d'intérêts généraux et particuliers, étrangers au marché public en soi, peut être relativisée. Certes, la réponse que le droit des marchés publics donne à la question de savoir comment déterminer le choix optimal entre les offres varie quelque peu au fil du temps (cf. *supra* n. 86, n. 91 ss, n. 100, n. 101 ss, n. 107 ss et n. 114 ss), et l'art. 2, LMP/AIMP 2019 reflète la vision actuellement majoritaire des choses, qui préconise de comprendre l'optimum d'une manière holistique (cf. *supra* n. 50, n. 52 et n. 113). Il n'en demeure pas moins que, dûment interprété, le droit des marchés publics révisé se concentre sur l'optimisation du marché public (en tant que tel) dans le sens du développement durable, et ne permet pas l'instrumentalisation des marchés publics aux fins des intérêts généraux et particuliers ne relevant pas de l'optimisation du marché mais de la poursuite d'autres buts.

Bibliographie

- ANDERSON ROBERT D., SALGUEIRO ANTONELLA, SCHOONER STEVEN L., STEINER MARC (2023), « Deploying the WTO Agreement on Government Procurement (GPA) to enhance sustainability and accelerate climate change mitigation », *PPLR* 2023, 5, p. 223 ss.
- BEYELER MARTIN (2008), *Ziele und Instrumente des Vergaberechts*, Zurich.
- BEYELER MARTIN (2012), « Kaffee: Bio und Fair Trade », *BR/DC* 2012, p. 262 ss.
- BEYELER MARTIN (2022), *Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021*, Zurich.
- COMMISSION SUISSE DES CARTELS (1988), « Les soumissions et les achats de la Confédération, des cantons et de certaines communes », *Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix 2/1988*.
- DE ROSSA GISIMUNDO FEDERICA (2019), « Nachhaltigkeit und Protektionismus im öffentlichen Beschaffungswesen », *recht* 2019, p. 166 ss.
- DE ROSSA FEDERICA, DAVID CLARISSA (2020), « La durabilité dans le nouveau droit des marchés publics: un changement de paradigme effectif? », *sui generis* 2020, p. 441 ss.
- FETZ MARCO, STEINER MARC (2020), « Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes », in: COTTIER/OESCH (éd.), *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 3^e éd., Bâle, p. 537 ss.
- HAUSER MATTHIAS, PISKÓTY RÉKA (2023), *Nachhaltige öffentliche Beschaffung*, Berne.
- KUNZ-NOTTER PANDORA (2020), « Commentaire de l'art. 12 LMP/AIMP 2019 », in: TRÜEB (éd.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich.
- KUNZ-NOTTER PANDORA (2021), « Leistungsortsprinzip und Herkunftsortsprinzip: Differenzen zwischen dem neuen Beschaffungsrecht und dem Binnenmarktrecht? », *BR/DC* 2021, p. 129 ss.
- LOCHER LAURA (2020), « Commentaire de l'art. 44 LMP/AIMP 2019 », in: TRÜEB (éd.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich.

- LOCHER THOMAS, OECHSLIN BARBARA (2020), « Commentaire de l'art. 29 LMP/AIMP 2019 », in: TRÜEB (éd.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich.
- MARTENET VINCENT (2021a), « Commentaire de l'art. 27 Cst. », in: MARTENET/DUBEY (éd.), *Commentaire romand, Constitution fédérale*, Bâle.
- MARTENET VINCENT (2021b), « Commentaire de l'art. 94 Cst. », in: MARTENET/DUBEY (éd.), *Commentaire romand, Constitution fédérale*, Bâle.
- MARTI MARIO (2022), *Changement de paradigme en droit des marchés publics*, Berne.
- MÜLLER THOMAS P. (2020), « Commentaire de l'art. 41 LMP/AIMP 2019 », in: TRÜEB (éd.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich.
- OECHSLIN BARBARA, LOCHER THOMAS (2020), « Commentaire de l'art. 30 LMP/AIMP 2019 », in: TRÜEB (éd.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich.
- PÄRLI KURT (2022), « Arbeitsrecht im öffentlichen Beschaffungswesen », in: ZUFFEREY/BEYELER/SCHERLER (éd.), *Aktuelles Vergaberecht 2022/Marchés publics 2022*, Zurich, p. 147 ss.
- POLTIER ÉTIENNE (2023), *Droit des marchés publics*, 2^e éd., Berne.
- ROTH FLORIAN C. (2020), « Commentaire de l'art. 56 LMP/AIMP 2019 », in: TRÜEB (éd.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich.
- SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA (2023), « Neues Vergaberecht in den Kantonen: Überblick und erste Bilanz », in: *ZBl* 2023, p. 515 ss.
- STEINER MARC (2014), « Nachhaltige öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven », in: ZUFFEREY/STÖCKLI (éd.), *Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014*, Zurich, p. 149 ss.
- STEINER MARC (2015), *The WTO Government Procurement Agreement: Assessing the scope for green procurement*, Bridges Network BIORES 2015, p. 21 ss. (https://www.researchgate.net/publication/372964127_The_WTO_Government_Procurement_Agreement_Assessing_the_scope_for_green_procurement; visité le 5 avril 2024).

- STEINER MARC (2020), « Kurzabriss zu Entstehungsgeschichte und Zwecksetzung des BöB vom 21. Juni 2019 », in: *BR/DC* 2020, p. 8 ss.
- STEINER MARC, KLINGLER DÉsirÉE (2023), « The Revised Swiss Public Procurement Law: More Quality and Sustainability », in: *EPPPL* 2023, p. 87 ss.
- TRÜEB HANS RUDOLF (2020), « Commentaire de l'art. 2 LMP/AIMP 2019 », in: TRÜEB (éd.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich.
- TRÜEB HANS RUDOLF, CLAUSEN NATHALIE (2021), « Commentaire de la LMP (BöB) », in: OESCH/WEBER/ZÄCH (éd.), *Kommentar Wettbewerbsrecht II*, 2^e éd., Zurich.
- TRÜEB HANS RUDOLF, ZOBL MARTIN (2020), *Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus bei öffentlichen Beschaffungen, Expertise juridique pour la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP)*, Zurich (https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/de/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/oeffentliches-beschaffungswesen/DE_Rechtsgutachten_Beruecksichtigung_unterschiedlicher_Preisniveaus.pdf; visité le 5 avril 2024).
- WYSS RAMONA (2020), « Commentaire de l'art. 26 LMP/AIMP 2019 », in: TRÜEB (éd.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich.
- ZIEGLER ANDREAS R. (2021), « Commentaire de l'art. 101 Cst. », in: MARTENET/DUBEY (éd.), *Commentaire romand, Constitution fédérale*, Bâle.
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE (2020), « Nouveau droit (fédéral) des marchés publics: faire du neuf avec de l'ancien? Un peu plus tout de même », in: *BR/DC* 2020, p. 5 ss.

Documents officiels

- Avis du Conseil fédéral du 15.2.2023 concernant l'Initiative parlementaire Développer l'économie circulaire en Suisse (affaire 20.433) et le rapport du 31.10.2022 de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national, FF 2023 437 (cit. Avis économie circulaire).
- Commentaire de l'Ordonnance sur les marchés publics du 12 février 2020 (https://www.bkb.admin.ch/dam/bkb/fr/dokumente/Oeffentliche_Beschaffungswesen/Erl%C3%A4uterungen_f.pdf.download.pdf/commentaire%20de%20l%E2%80%99omp.pdf; visité le 5 avril 2024) (cit. Commentaire OMP 2020).
- Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics du 15 février 2017, FF 2017 1695 (cit. Message LMP).
- Message relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay) du 19 septembre 1994, FF 1994 IV 1 (cit. Message 1 GATT).
- Message relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay) du 19 septembre 1994, FF 1994 IV 995 (cit. Message 2 GATT).
- Message relatif à l'approbation du protocole portant amendement de l'accord sur les marchés publics de l'OMC du 15 février 2017, FF 2017 1899 (cit. Message AMP).
- Message relatif aux résultats des négociations commerciales multilatérales tenues sous l'égide du GATT (Tokyo-Round), FF 1979 III 1 (cit. Message Tokyo-Round).
- Message sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE du 24 février 1993, FF 1993 I 757 (cit. Message programme).
- Message type concernant la révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 15 novembre 2019 (https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/fr/konkordate/ivoeb/ivoeb_2019/FR_Musterbotschaft_IVoeB_inkl._Vereinbarungstext_und_Anhaenge_1-4.pdf; visité le 5 avril 2024) (cit. Message type AIMP 2019).
- Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national du 14 mai 2013 sur l'initiative parlementaire : Marchés publics. La formation d'apprentis constituerait un critère de sélection, FF 2013 4861 (cit. Rapport CER/CN).