



Me Marc Steiner
Licencié en droit, avocat,
Melchenbühlweg 137A, 3006 Berne

La prise en considération d'aspects sociaux dans les marchés publics

Document de travail concernant le droit des marchés publics. Troisième version actualisée,
rédigée à la demande de la Communauté d'intérêts écologiques et marchés Suisse (CIEM)

Berne, au mois de mai 2015
Traduction par Me Otto Guth, avocat

Table des matières

A. Abréviations	4
B. Bibliographie	6
C. Rapports et documents pris en considération.	14
I. Introduction	17
1. Description du mandat	17
2. Point de départ	18
2.1 Le droit des marchés publics en tant que droit administratif économique	18
2.2 La durabilité de l'acquisition en tant que tendance à long terme	20
II. Les buts du droit des marchés publics	24
1. Les buts classiques respectivement traditionnels du droit des marchés publics	24
2. Durabilité en tant que but du droit des marchés publics ?	25
III. Le cas classique : La prise en considération de la formation des apprentis dans le cadre de l'appréciation des offres	27
1. Le critère de la formation des apprentis constitue-t-il un critère étranger à l'objet de l'appel d'offre ?	27
2. Est-il admissible de tenir compte de la formation des apprentis dans l'adjudication d'un marché public?	29

3.	Peut-on inférer de la notion de l'offre la plus avantageuse sur le plan économique des éléments concernant la pondération de la formation des apprentis comme critère d'adjudication ?	31
IV.	L'Accord sur les marchés publics (AMP) en tant que cadre de droit international	34
1.	Introduction	34
2.	L'AMP en tant que droit purement économique ?	35
3.	L'interprétation des normes pertinentes de l'AMP	36
3.1	Art. VI AMP : spécifications techniques	36
3.2	Art. VIII AMP : la qualification des soumissionnaires	38
3.2.1	La notion d'aptitude de l'AMP	38
3.2.2	L'admissibilité des exigences étrangères à l'objet du marché	39
3.3	Art. XIII al. 4 AMP: l'adjudication	40
V.	Le non-respect des conditions de travail, en particulier le non-respect des normes fondamentales de l'OIT en tant que motif d'exclusion.	43
1.	Les conditions de travail selon l'art. 8 al. 1 lit. b LMP	43
2.	La fabrication de produits à l'étranger et le détachement de travailleurs	44
3.	Les normes fondamentales de l'OIT en tant que conditions minima des conditions de travail pour des produits fabriqués à l'étranger	45
4.	Le non-respect des normes fondamentales de l'OIT en tant que motif d'exclusion selon le droit des marchés publics en vigueur de la Confédération	47

5.	Les normes fondamentales de l'OIT de lege ferenda et "living wages"	50
VI.	Les standards d'égalité entre femmes et hommes dans le cadre du droit des marchés publics	52
VII.	Les aspects étrangers à l'objet de l'appel d'offre de lege lata et de lege ferenda / la prise en considération de critères sociaux, en particulier de standards "Fair-Trade" dans le cadre de l'évaluation de l'offre	54
1.	Le point de départ	54
2.	La prise en considération d'aspects "Fair-Trade" selon le droit des marchés publics en vigueur de la Confédération	55
3.	La prise en considération d'aspects "Fair-Trade" selon le droit des marchés publics intercantonal et cantonal	57
4.	Aspects sociaux et en particulier aspects "Fair-Trade" de lege ferenda	58
VIII.	Conclusion	61

A. Abréviations

AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994, dans la version révisée du 15 mars 2001 (RO 2003, 196; éliminé du RS); cf. concernant la révision en cours P-AIMP
AMP(1994)	Accord (OMC) sur les marchés publics du 15 avril 1994 (RS 0.632.231.422)
AMP 2012	Accord sur les marchés publics révisé dans la version du 30 mars 2012 (https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm , consulté la dernière fois le 13 avril 2015)

AP	Avant-projet
AP-LMP	Avant-projet du 1er avril 2015 pour une nouvelle Loi fédérale sur les marchés publics (avec rapport explicatif)
ATAF	Arrêts du Tribunal administratif fédéral
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral
BEZ	Baurechtsentscheide Kanton Zürich
CA	Conférence des achats de la Confédération (autrefois : Commission des achats de la Confédération)
CF	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMLR	Common Market Law Review
CRM	Commission fédérale de recours en matière de marchés publics
DEMP	Directives d'exécution relatives à l'Accord intercantonal sur les marchés public (AIMP) du 25 novembre 1994 / 15 mars 2001
ELR	European Law Reporter
EPPPL	European Procurement & Public Private Partnership Law Review
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FF	Feuille fédérale
GWB	(Deutsches) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, dans la version du 19 décembre 2008 (Bundesgesetzblatt 2009 I p. 790 ss)
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JO	Journal officiel de l'Union européenne (jusqu'au 31 décembre 2002 Journal officiel des Communautés européenne)
LCD	Loi fédérale contre sur la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241)
LMI	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (RS 943.02)
LMP	Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (RS 172.056.1; cf. concernant la révision en cours aussi AP-LMP)
LTN	Loi fédérale concernant les mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (RS 822.41)

Message 2 GATT	Message relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC du 19 septembre 1994 (FF 1994 IV 950 ss)
OIT	Organisation international du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMP	Ordonnance du Conseil fédéral sur les marchés publics du 11 décembre 1995 (RS 172.056.11)
NZBau	Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
P-AIMP	Projet pour un Accord intercantonal dur les marchés publics du 18 septembre 2014 (avec rapport explicatif)
PE	Parlement européen
PJA	Pratique juridique actuelle
PPLR	Public Procurement Law Review
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
TAF	Tribunal administratif fédéral
VergabeR	Vergaberecht, Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
ZBI	Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

B. Bibliographie

ADDO KOFI, ILO Core Labour Standards and International Trade, Berlin 2015

ARROWSMITH SUE, The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK, 3ème édition, Londres 2014

ARROWSMITH SUE, Secondary Policies under the GPA, in: Dies., Government Procurement in the WTO, La Haie 2003, p. 325 ss

ARROWSMITH SUE/ANDERSON ROBERT (Editeurs), The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, Cambridge 2011

ARROWSMITH SUE/KUNZLIK PETER (EDITEURS), Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, Cambridge 2009

- BAUDENBACHER CARL, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, in: ZSR 2012 II p. 419 ss
- BECKMANN MARTIN, Sekundärzwecke/Beschaffungsfremde Kriterien, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2ème édition, Cologne 2013, p. 423 ss
- BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zurich 2012
- BEYELER MARTIN, Die revidierte VöB – ein Kurzkomentar, in: Baurecht 2010, p. 106 ss
- BEYELER MARTIN, Kaffee: Bio und Fair Trade, in: Baurecht 2012, p. 262 ss
- BEYELER MARTIN, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zurich 2004
- BEYELER MARTIN, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zurich 2008
- BIAGGINI GIOVANNI, Das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (cité en tant que: Abkommen), in: Thürer et alii (Editeurs), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Ein Handbuch, Zurich 2007, p. 651 ss
- BRACKMANN ROSWITHA, Nachhaltige Beschaffung in der Vergabepraxis, in: Vergaberecht 2014, p. 310 ss
- BRUPBACHER STEFAN, Fundamentale Arbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation – Eine Grundlage der sozialen Dimension der Globalisierung, Berne 2002
- BURGI MARTIN, Die Förderung sozialer und technischer Innovation durch das Vergaberecht, in: NZBau 2011, p. 577 ss
- CARANTA ROBERTO, The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works, in: CMRL 2015, p. 391 ss
- CARANTA ROBERTO/TRYBUS MARTIN (Editeurs), The Law of Green and Social Procurement in Europe, Copenhagen 2010

- CHATTON GREGOR T., Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmenschenrechten innerhalb der WTO, Genève/Zurich/Bâle 2005
- CLERC EVELYNE, Commentaire de l'art. 5 LMI, in: Tercier/ Bovet (Editeurs), Commentaire romand – Droit de la concurrence, 2^{ème} édition, Genève/Bâle/Munich 2013, p. 1929 ss
- CONRAD CHRISTIANE R., Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law – Interfacing Trade and Social Goals, Cambridge 2011
- CORVAGLIA MARIA ANNA, Towards Coherence in the International Architecture of Public Procurement: The Labour Policy Dimension, Zurich 2013
- COTTIER THOMAS/CAPLAZI ALEXANDRA, Marktzugang, Strukturhaltung und Sozialdumping: Ungelöste Spannungsfelder im öffentlichen Beschaffungswesen, in: FS Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zurich 1999, p. 257 ss
- COTTIER THOMAS/PANIZZON MARION, Die sektoriellen Abkommen und das Recht der WTO: Grundlagen und Spannungsfelder, in: Felder/Kaddous (édit.), Bilaterale Abkommen Schweiz–EU: Erste Analysen, Bâle/Genève/Munich/Bruxelles 2001, 43 ss
- EGGER ALEXANDER, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008
- FETZ MARCO, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Koller/Müller/Tanquerel/Zimmerli (édit.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Tome XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Bâle 2007, p. 477 ss
- GABRIEL MARC/KROHN WOLFGANG/NEUN ANDREAS (édit.), Handbuch des Vergaberechts, Munich 2014
- GAEDTKE JENS-CHRISTIAN, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht, Berlin 2006

GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3ème édition, Zurich 2013

GAUCH PETER/STÖCKLI HUBERT, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Fribourg 1999

GEHNE KATJA, Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip, Tübingen 2011

HAUSER MATTHIAS, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: PJA 2001, p. 1405 ss

HETTICH LARS/SOUDRY DANIEL (édit.), Das neue Vergaberecht, Eine systematische Darstellung der neuen EU-Vergaberichtlinien 2014, Cologne 2014

HILF MEINRAD/OETER STEFAN, WTO-Recht – Rechtsordnung des Welt-handels, 2ème édition, Baden-Baden 2010

HÜBNER ALEXANDER, Öffentliche Lieferaufträge über fair gehandelte und Bio-Produkte, in: VergabeR 2012, p. 545 ss

JASPER UTE/MARX CHRISTOPHER, "Buy Green – Buy Social": Paradigmenwechsel im Vergaberecht, in: Priess/Lau/Kratzenberg (édit.), Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung, Festschrift für Fridhelm Marx; Munich 2013, p. 329 ss

KAHL WOLFGANG (édit.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Tübingen 2008

KAUFMANN CHRISTINE, Globalisation and Labour Rights, Oxford 2007

KOTSONIS TOTIS: Commission v Netherlands (C-368/10): Environmental and fair trade considerations in the context of a contract award procedure, in: PPLR 2012, p. NA234 ss

KRÄMER MARTIN, Nachhaltige Beschaffung in der Praxis, in: Jahrbuch forum vergabe 2013, p. 183 ss

KRESSNER LARS, Die Auftragssperre im Vergaberecht, Cologne 2006

KUNNERT GERHARD, WTO-Vergaberecht, Baden-Baden 1998

KUNZLIK PETER, From Suspect Practice to Market-based Instrument: Policy Alignment and the Evolution of EU Law's Approach to "Green" Public Procurement, in: PPLR 2012, p. 97 ss

KUNZLIK PETER, International Procurement Regimes and the Scope for the Inclusion of Environmental Factors in Public Procurement, in: OECD (ed.), The Environmental Performance of Public Procurement, Paris 2003, p. 157 ss

KUS ALEXANDER, Losvergabe und Ausführungskriterien, in: NZBau 2009, p. 21 ss

LANTER MARKUS, Die Bewertung der Lehrlingsausbildung im Vergaberecht, in: ZBI 2013, p. 599 ss

LEPORI TAVOLI LUISA, Mindestlöhne im schweizerischen Recht, Berne 2009

LICHÈRE FRANÇOIS/CARANTA ROBERTO/TREUMER STEEN (Hrsg.), Modernising Public Procurement – The New Directive, Copenhagen 2014

LUTZ DANIELA, Art. 32 und 39 f. VE-BöB: Zuschlagskriterien und ihre Auswertung, in: Baurecht 2008, p. 194

MAHAIM RAPHAËL, Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire, Zurich 2014

MARTENS MARC/DE MARGERIE STANISLAS, The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement, in: EPPPL 2013, p. 8 ss

MCCRUIDEN CHRISTOPHER, Buying Social Justice – Equality, Government Procurement & Legal Change, Oxford 2007

MOSTERS JOHANNES, Ethische Beschaffung, Frankfurt am Main 2010

MÜLLER-WREDE MALTE, Sustainable Purchasing in the Aftermath of the ECJ's "Max Havelaar" Judgment, in: EPPPL 2012, p. 110 ss

- MURER ERWIN, "What universalism is to the West is imperialism to the rest" :
Zum wenig erfolgreichen Kampf der ILO gegen die schlimmsten
Formen der Kinderarbeit, in: Mensch und Staat - Festgabe für Thomas
Fleiner zum 65. Geburtstag, Freiburg 2003, p. 413 ss
- ODENDAHL KERSTIN, Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien im
öffentlichen Auftragswesen, in: EuZW 2004, p. 647 ss
- ÖLCÜM IPEK, Die Berücksichtigung sozialer Belange im Recht der
öffentlichen Auftragsvergabe, Berlin 2009
- ORBIE JAN/TORTELL LISA (Hrsg.), The European Union and the Social
Dimension of Globalization, Londres/New York 2009
- PAKLEPPA FELIX, Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei
der öffentlichen Auftragsvergabe, in: Hans-Joachim Priess/Niels
Lau/Rüdiger Kratzenberg (édit.), Wettbewerb – Transparenz –
Gleichbehandlung, Festschrift für Fridhelm Marx; Munich 2013,
p. 545 ss
- PANIZZON MARION/ARNOLD LUCA/COTTIER THOMAS, Handel und Umwelt in
der WTO: Entwicklungen und Perspektiven, in: URP 2010, p. 199 ss
- POLTIER ETIENNE, Droit des marchés publics, Berne 2014
- POLTIER ETIENNE/CLERC EVELYNE, Commentaire de l'art. 9 LMI, in: Tercier/
Bovet (édit.), Commentaire romand – Droit de la concurrence, 2^{ème}
édition, Genève/Bâle/Munich 2013, p. 2080 ss
- PRIESS HANS-JOACHIM, Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaf-
fungswesen, in: Priess/Berrisch, WTO-Handbuch, Munich 2003, p. 621
ss
- PRIESS HANS-JOACHIM/PITSCHAS CHRISTIAN, Secondary Policy Criteria and
their Compatibility with E.C. and WTO Procurement Law – The Case
of the German Scientology Declaration, in: PPLR 2000, p. 171 ss

PÜNDER HERMANN, Völkerrechtliche Vorgaben für das öffentliche Beschaffungswesen, insbesondere im Government Procurement Agreement, in: Müller-Wrede (édit.), Kompendium des Vergaberechts, 2ème édition, Cologne 2013, p. 71 ss

PÜNDER HERMANN/SHELLENBERG MARTIN (édit.), Vergaberecht, 2ème édition, Baden-Baden 2015

SEMPLE ABBY, A Practical Guide to Public Procurement, Oxford 2015

STEINER MARC, Gütesiegel für ökologische Produktion und Max-Havelaar-Label für Fortgeschrittene: Der EuGH und die nachhaltige Beschaffung, in: ELR 2012, p. 130 ss

STEINER MARC, Is there a Swiss Approach towards Sustainable Public Procurement?. in: EPPPL 2013, p. 73 ss

STEINER MARC, Nachhaltige Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven (cité en tant que: Nachhaltige öffentliche Beschaffung 2014), in: Zufferey/Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2014, Zurich 2014, p. 149 ss

STEINER MARC, Nachhaltige Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen (cité en tant que: Nachhaltige Beschaffung 2004), in: Baurecht, Cahier spécial Vergaberecht 2004, p. 54 ss

STEINER MARC, Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel?, in: Jusletter du 16 janvier 2012 (= ELR 2011, p. 380 ss.; cité en tant que: Sekundärziele)

STEINER MARC, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Vergaberechtliche Studie erstellt im Auftrag der Beschaffungskommission des Bundes (cité en tant que: Studie), 2006

STÖCKLI HUBERT, Das Vergaberecht der Schweiz, 9ème édition, Zurich 2014

SUMMA HERMANN, Quo vadis, Vergaberecht? Vom Haushaltsrecht zur Sozialpolitik, in: Priess/Lau/Kratzenberg (édit.), Wettbewerb –

Transparenz – Gleichbehandlung, Festschrift für Fridhelm Marx;
Munich 2013, p. 763 ss

TOSONI LUCA, The Impact of the Revised WTO Government Procurement Agreement on the EU Procurement Rules from a Sustainability Perspective, in: EPPPL 2013, p. 41 ss

TREPTE PETER, The Agreement on Government Procurement, in:
Macrory/Appleton/Plummer (Hrsg.), The World Trade Organization:
Legal, Economic and Political Analysis, Tome I, New York 2005,
p. 1123 ss

TRÜEB HANS RUDOLF, Beschaffungsrecht, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott
(édit.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zurich 2015, p. 1019 ss

TRÜEB HANS RUDOLF, BÖB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch (édit.),
Wettbewerbsrecht II, Zurich 2011, p. 229 ss.

TRÜEB HANS RUDOLF, Umweltrecht in der WTO – Staatliche Regulierungen
im Kontext des internationalen Handelsrechts, Zurich 2001

TRYBUS MARTIN/CARANTA ROBERTO/EDELSTAM GUNILLA (édit.), EU Public
Contract Law – Public Procurement and Beyond, Bruxelles 2014

VAN DEN EIKEL ANDREAS, Die zulässige Implementierung "vergabefremder"
Kriterien im europäischen Vergaberecht, Hambourg 2006

WAGNER ALICE, Bahn frei für soziale Auftragsvergabe?, in: juridicum 2012,
p. 428 ss

WAGNER VOLKER/PFOHL BENJAMIN QUIRIN, Vergabefremde Aspekte in den
Landesvergabegesetzen – ein Überblick, in: VergabeR 2015, p. 389 ss

WIEDMANN ARIANE, Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des
Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 2007

WIEDNER KLAUS/SPIEGEL NICO, Europäische Vergaberichtlinien: Die nächste
Generation, in: Priess/Lau/Kratzenberg (édit.), Wettbewerb – Trans-

parenz – Gleichbehandlung, Festschrift für Fridhelm Marx; Munich 2013, p. 819 ss

WYLER RÉMY, Les conditions de travail, la libre circulation et le détachement des travailleurs, in: Zufferey/Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zurich 2008, p. 247 ss

ZIEKOW JAN, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen, 4ème version, Bonn 2013

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/MAILLARD CORINNE/MICHEL NICOLAS, Droit des marchés publics, Fribourg 2002

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/DUBEY JACQUES, Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des cantons, Fribourg 2003

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/DUBEY JACQUES, Ergänzungsstudie Vergaberecht des Bundes und der Kantone, Sogenannt "vergabefremde" Kriterien (cité en tant que: Ergänzungsstudie), Fribourg 2004

C. Rapports et documents pris en considération

La libéralisation des marchés publics en Suisse sous l'angle juridique et économique, rapport final de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration du Conseil national du 14 mars 2002 (cité en tant que : Rapport sur la libéralisation)

Stratégie de développement durable 2002, rapport du Conseil fédéral suisse du 27 mars 2002

Stratégie de développement durable : lignes directrices et plan d'action 2008-2011, rapport du Conseil fédéral du 16 avril 2008

Stratégie de développement durable 2012-2015, rapport du Conseil fédéral du 25 janvier 2012

Loi fédérale sur les marchés publics (LMP) avant-projet du 30 mai 2008

Rapport explicatif concernant le rapport de la mise en consultation de la Révision totale de la Loi fédérale sur les marchés publics du 30 mai 2008 (cité en tant que : rapport explicatif avant-projet LMP 2008)

Avant-projet de la révision totale de la Loi fédérale sur les marchés publics (AP LMP 2008), rapport concernant le résultat de la procédure de consultation du 18 novembre 2009

Rapport explicatif concernant la modification de l'Ordonnance sur les marchés publics (OMP) du 18 novembre 2009

Recommandations de la Commission des achats de la Confédération concernant les marchés publics durables du 8 juillet 2010, état 2014 (cité en tant que : recommandations de la commission des achats; <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/nachhaltige-beschaffung.html>, consultées la dernière fois le 13 avril 2015)

Projet pour un Accord intercantonal sur les marchés publics du 18 septembre 2014 (avec rapport explicatif)

Projet du 1er avril 2015 pour une nouvelle Loi fédérale sur les marchés publics (avec rapport explicatif)

Communication interprétative de la commission EU concernant le droit communautaire applicable sur les marchés publics et les possibilités de prendre en considération d'aspects environnementaux lors de l'adjudication de marchés publics du 4 juillet 2001 (COM [2001] 274 final)

Communication interprétative de la commission EU concernant le droit communautaire applicable sur les marchés publics et les possibilités de prendre en considération d'aspects sociaux lors de l'adjudication de marchés publics du 15 octobre 2001 (COM [2001] 566 final)

Communication de la commission EU « Marchés publics orientés aux problèmes environnementaux » du 16 juillet 2008 (COM [2008] 400 final)

Communication de la commission EU « Contribution à un développement durable : Le rôle du Fair-Trade et des concepts de durabilité commerciaux non-étatiques » du 5 mai 2009 (COM [2009] 215 final)

Communication de la commission EU «EUROPE 2020 – Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et intégrative» du 3 mars 2010 (COM [2010] 2020 final)

Rapport de la commission du Parlement européen pour le marché intérieur et la protection des consommateurs concernant : Les nouveaux développements dans les marchés publics du 10 mai 2010 (A7-0151/2010 ; cf. aussi résolution correspondante du Parlement européen du 18 mai 2010)

Acquisition orientée aux problèmes sociaux : Un fil conducteur (de la commission de l'Union européenne) pour la prise en considération de problèmes sociaux dans les marchés publics, octobre 2010 (basé sur SEC [2010] 1258 final)

Livre vert (de la commission de l'Union européenne) concernant la modernisation de la politique européenne dans le domaine des marchés publics du 27 janvier 2011 (COM [2011] 15 final)

Communication de la commission « Loi sur le marché unique » du 13 avril 2011 (COM [2011] 206 final)

Marchés publics orientés à l'environnement ! Un manuel (de la commission de l'Union européenne) pour un marché public orienté à l'environnement, 2^{ème} édition, 25 octobre 2011

Communication de la commission « Une nouvelle stratégie EU (2011-14) pour une responsabilité sociale des entreprises » (CSR) du 25 octobre 2011 (COM [2011] 681 final)

Résolution du Parlement européen du 25 octobre 2011 concernant la modernisation dans le domaine des marchés publics (P7TA (2011) 0454 ; JO. C 131 E du 8 mai 2013, p. 25 ss)

Proposition (de la commission de l'Union européenne) concernant la directive du parlement européen et du Conseil relative aux marchés publics du 20 décembre 2011 (COM [2011] 896 final)

Report of the Committee on the Internal Market and Consumer Protection (Rapporteur: Marc Tarabella) on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (A7-0007/2013; 11 January 2013)

Directive 2014/24/EU du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant les marchés publics et l'abolition de la directive 2004/18/CE (JO. L 94 du 28 mars 2014, p. 65 ss)

International Labour Office, Labour clauses in public contracts, Genève 2008

International Labour Office, Marking progress against child labour – Global estimates and trends 2000-2012, Genève 2013

International Labour Office, Regional Trade Agreements and domestic labour market regulation, Employment Working Paper No. 120, Genève 2012

International Labour Office, Trade and Employment: From Myths to Facts, Genève 2011

Introduction

1. Description du mandat

La communauté d'intérêts écologique et marchés Suisse (CIEM) s'est fixé comme objectif en 2009 de se consacrer davantage à la prise en considération d'aspects sociaux dans les marchés publics. Compte tenu des options à disposition, soit d'établir un avis de droit détaillé, soit un document de travail, la CIEM a choisi cette dernière possibilité avec deux objectifs : d'une part, le document de travail doit contribuer, dans le cadre du droit en vigueur, à une meilleure compréhension de celui-ci par les adjudicateurs. D'autre part, le document de travail devrait stimuler la réflexion dans le cadre de la révision en cours du droit des marchés publics. Dans cette optique, il convenait de tenir compte dans la présente version remaniée de l'Accord révisé de l'OMC sur les marchés publics AMP), des nouvelles directives sur les marchés publics de l'Union européenne (en particulier, de la directive 2014/24/EU du 26 février 2014) ainsi que des projets pour un nouvel accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 18 septembre 2014 et de la nouvelle Loi fédérale sur les marchés publics du 1^{er} avril 2015. La question principale au centre de notre analyse est celle de l'admissibilité de l'influence exercée sur les conditions de travail surtout en dehors de l'Union européenne et de l'AELE. Cette analyse juridique s'impose d'autant plus qu'il correspondait déjà dans le cadre du projet de réforme 2008 – finalement abandonné en faveur d'une révision totale du droit des marchés publics en cours – à l'intention de l'administration de soumettre aux décideurs en vue de clarification « l'ensemble des questions relatives à la prise en considération des aspects sociaux dans les marchés publics »¹.

Le présent document de travail se limite à examiner les questions de droit concernant l'achat public et notamment les aspects sociaux en tant qu'élément constitutif des marchés publics durables². Des questions de politique juridique ne seront traitées que dans la mesure où des arguments tirés du droit sont susceptibles d'y apporter une réponse. Par contre, la présente analyse n'a pas pour objet des questions de droit qui se posent dans le cadre des marchés publics écologiques³. Sous le titre « aspects

1 Rapport explicatif à la mise en consultation de la révision de la Loi fédérale sur les marchés publics du 30 mai 2008 (ci-après rapport explicatif avant-projet LMP 2008), p.15, point 2.2 [cf. concernant

² L'auteur, qui travaille comme juge au Tribunal administratif fédéral, s'exprime ici uniquement à titre personnel. Mme Elisabeth Lang, licenciée en droit, avocate, Brugg, et Monsieur Markus Lanter, Docteur en droit, Zurich, sont remerciés pour leur relecture critique et pour leurs observations précieuses.

³ Cf. à ce sujet, à titre d'exemple, Beyeler, Kaffee: Bio und Fair Trade (ci-après: Kaffee), in: Baurecht 2012, p.262 ss., et Steiner, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, 2006 (ci-après), se basant notamment sur les publications pertinentes de

sociaux » au sens large⁴, seront traités, conformément au mandat, les questions relatives à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, les standards minimaux dans le domaine des conditions de travail, la prise en considération de la formation des apprentis, les standards sociaux pour la production à l'étranger, en prenant en considération, en particulier, les normes fondamentales de l'OIT. A cet égard, les « living wages »⁵ sont considérés comme faisant partie des conditions de travail. Le point de départ de notre analyse est, en règle générale, le droit des marchés publics de la Confédération. Cependant, nos raisonnements sont, dans une large mesure, transposables au droit intercantonal, respectivement au droit cantonal.

2. Le point de départ

2.1 Le droit des marchés publics en tant que droit administratif économique

L'accord OMC concernant les marchés publics (AMP ou Government Procurement Agreement, GPA)⁶, comme la Loi fédérale sur les marchés publics (LMP)⁷, par laquelle la Confédération a mis en application l'AMP, a pour but de renforcer la concurrence et de promouvoir la libéralisation des marchés. La LMP, à côté de la révision du droit des cartels, est, par son but, un élément important du processus de renouveau de l'économie de marché (« marktwirtschaftliche Erneuerung »)⁸, lancé après la votation sur

Hauser. L'état le plus récent, résumé chez Steiner, Nachhaltige öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven (ci-après : Nachhaltige Beschaffung 2014), in : Zufferey/Stöckli (édit.) Aktuelles Vergaberecht 2014, Zurich 2014, p. 149 ss.

⁴ Selon Ziekow, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen (ci-après: Faires Beschaffungswesen), Avis de droit, 4ème version, Bonn 2013, p. 12, sont des aspects sociaux «all jene Gesichtspunkte, die die rechtlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Lebensbedingungen von Personen oder Personengruppen sichern oder verbessern sollen».

⁵ Ceci doit avoir un effet correctif dans les pays qui, pour en assurer leur compétitivité ou celle de certains secteurs, fixent le salaire légal minimum à un niveau bas; cf. à ce sujet, d'une façon détaillée chapitre V/5 ci-après.

⁶ Accord du 15 avril 1994, RS 0.632.231.422, un « pas important pour la libéralisation du commerce international » (message relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC du 19 septembre 1994 [Message 2 GATT] du 19 septembre 1994 ; FF 1994 IV 950 ss., en particulier p. 1149

⁷ Loi du 16 décembre 1994, RS 170.056.1; sur le plan cantonal, la transposition a lieu par l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), révisé le 15 mars 2001.

⁸ Message concernant les mesures subséquentes après le rejet de l'EEE le 24 février 1993 (FF 1993 I 805 ss., en particulier p. 826 s. et p. 829 s.; Biaggini, Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (ci-après: Abkommen), in: Thürer et alii (édit.), Bilaterale Verträge I & II

l'EEE du 6 décembre 1992. Dans ce contexte, il y a également lieu de mentionner l'échange de courriers de 1994 avec la commission, qui a finalement abouti à la convention entre la Confédération suisse et la Communauté européenne, portant sur certains aspects des marchés publics⁹. Sur le plan cantonal, la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)¹⁰ poursuit, entre autres, à son article 5 et à son article 9, le même but. Selon l'art. 1 lit. c LMP, la Confédération entend favoriser l'utilisation économique des fonds publics. L'optimisation de la procédure d'adjudication sous l'angle économique signifie, en même temps, que les marchés publics doivent être soustraits à l'emprise de la politique¹¹. „Government by procurement“ apparaît, sous cet angle, indésirable¹². Cette argumentation juridique estime que la poursuite de tels objectifs peut être réalisée au moyen d'autres instruments et non pas à travers les marchés publics¹³. Afin de décrire la tentative de déterminer l'achat public par des buts politiques, les juristes du droit des marchés publics parlent de la prise en considération « d'aspects étrangers à l'objet des marchés publics » (« vergabefremde Aspekte »)¹⁴. La prise en considération de tels éléments comporte un

Schweiz – EG, Ein Handbuch, Zurich 2007, p. 651 ss., p. 688; cf. aussi le rapport final de l'Organe de contrôle parlementaire de l'administration « La libéralisation des marchés publics en Suisse sous l'angle juridique et économique » à l'intention de la Commission de gestion du Conseil national du 14 mars 2002 (ci-après : Rapport sur la libéralisation), point 1.2 p. 1

⁹ Accord du 21 juin 1999, entré en force le 1er juin 2002 (RS 0.172.056.1); cf. concernant le tout Biaggini, op.cit. [nbp. 8], p. 653 s. avec des références ; ce dernier partage, selon le concept des bilatéraux I, le destin juridique de l'Accord sur la libre circulation des personnes.

¹⁰ Loi fédérale du 6 octobre 1995 concernant le marché intérieur, RS 943.02

¹¹ Priess, Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, in: Priess/Berrisch, WTO-Handbuch, München 2003, p. 621 ss., en particulier p. 648; cf. aussi Grolimund, Ökologische Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen (ci-après: Ökologische Aspekte), RDS-annexe Nr. 41, Bâle 2004, p. 17 ; cf. concernant "purity principle" dans le cadre du droit des marchés publics OMC, chapitre IV/2 infra

¹² Cf. concernant la tradition du «government by procurement» à titre d'exemple Biaggini, Die Regelungsaufteilung im geltenden schweizerischen Vergaberecht, Zurich 2003, p. 11 s.

¹³ Brunetti, Mehr Wettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen, in: Nueve tendenze negli appalti pubblici in Italia, in Svizzera e nell'unione europea, Milan 2002, p. 61 ss.; cf. concernant une démarche similaire relative au droit de la concurrence Hettich, Wirksamer Wettbewerb, Berne 2003, p. 415. Dans la mesure où des exigences écologiques peuvent être posées sous forme de spécifications de produit, cette démarche est dépassée (Steiner, Nachhaltige Beschaffung 2014, op.cit. [nbp. 3], p. 150 s.). Concernant la formation des apprentis, selon le nouvel art. 21 al. 1er LMP, un problème de société devrait être résolu par le biais d'achats publics, ce qui, selon la logique décrite, serait à rejeter. La prise en considération d'aspects « Fair-Trade » et des conventions fondamentales OIT permet, par contre, à l'Etat, à l'instar d'un consommateur privé, de prendre des mesures d'accompagnement à l'égard d'un problème provoqué par la demande globalisée.

¹⁴ Cf. Egger, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008, p. 307 ch. 1298, et concernant le tout Steiner, Studie, op.cit. [nbp. 3], p. 16 s. Zufferey/Dubey proposent dans leur étude complémentaire, au sujet du droit des marchés publics de la Confédération et des cantons concernant les critères d'adjudication étrangers à l'objet (ci-après : Ergänzungsstudie), de n'utiliser ceux-ci que pour les critères, dont l'utilisation doit être inadmissible (op.cit., p. 19; cf. concernant le tout, aussi le chapitre III/1 infra).

certain risque d'abus¹⁵ et est particulièrement à désapprouver dans les cas où elle devient un instrument au service du protectionnisme, ayant pour but d'avantager les soumissionnaires du pays ou de la localité. La jurisprudence mentionne, notamment, les considérations de politique régionale, de politique fiscale ou de politique structurelle¹⁶. Par conséquent, le Tribunal administratif du canton de Zurich a retenu, dans le cadre de l'examen de l'admissibilité du critère d'adjudication de la formation des apprentis, que celui-ci, en tout état de cause, ne constituait pas un motif pour favoriser les soumissionnaires locaux¹⁷.

2.2 La durabilité de l'acquisition en tant que tendance à long terme

Selon l'art. 2 al. 2 de la CF¹⁸, la Confédération suisse a, notamment, pour but de favoriser la prospérité commune et le développement durable. La notion de durabilité est utilisée ici au sens large, c'est-à-dire dans son acception économique, sociale et écologique¹⁹.

Ainsi le concept du droit des marchés publics, comme exposé ci-dessus, a été complété, en 2002, par la stratégie du développement durable du Conseil fédéral, par laquelle le gouvernement s'est fixé comme but de créer les conditions cadre susceptibles de garantir dans la pratique des marchés publics, en particulier, dans celle de la Confédération, la prise en considération également d'aspects sociaux²⁰. Pour le surplus, la Confédération entend adopter dans sa consommation une fonction de

¹⁵ Jugement TAF B-4288/2014 du 25 mars 2015 c.4.4; Trüeb, Beschaffungsrecht, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott (édit.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zurich 2015, p. 1019 ss., en part. p. 1025 s.

¹⁶ Cf. à titre d'exemple, la décision du Tribunal administratif argovien du 28. Mai 1999, in Baurecht 2/2002, p. 57 p.11 avec remarque l'approuvant d'Esseiva, qui rappelle en particulier les clauses de pourcentage, utilisées régulièrement autrefois pour avantager des soumissionnaires locaux. De telles clauses ne sont pas conformes à l'AMP (cf. rapport de libéralisation, op.cit. [nbp. 8], point 2.2 p. 7).

¹⁷ Décision VB.2002.00255 du 9 juillet 2003, c. 3a avec référence à BEZ 1999 no. 37 c. 5

¹⁸ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101

¹⁹ Mader, Die Sozial- und Umweltverfassung, in: PJA 1999, p. 698 ss., p. 704; cf. concernant le concept de la durabilité, avis récent, du point de vue juridique Mahaim, Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire, Zurich 2014, p. 49 ss. Sous l'angle de la Constitution se pose la question de savoir si, par le biais de ce nouveau catalogue de buts, l'on n'a pas fait autre chose qu'une « mise à jour » (Steiner, Is there a Swiss Approach towards Sustainable Public Procurement? in: EPPPL 2013, p. 75 avec des références).

²⁰ Stratégie développement durable 2002, Rapport du Conseil fédéral du 27 mars 2002, p. 17 ; cf. à ce sujet aussi les recommandations « Acquisitions durables – recommandations de la Commission des achats de la Confédération » (respectivement aujourd'hui Conférence des achats de la Confédération CAC) du 8 juillet 2010 (état juin 2014 ; ci-après : recommandations de durabilité), p. 4

modèle en demandant, dans le cadre de l'attribution de ses marchés publics, des produits et des constructions, qui soient économiques, ménagent l'environnement, ne nuisent pas à la santé et sont fabriqués en tenant compte de la responsabilité sociale de la Confédération²¹. La dimension sociale a été sensiblement renforcée dans la révision de l'OMP du 18 novembre 2009 dans la mesure où les normes fondamentales de l'OIT ont été considérées comme présentant des standards minimaux exigibles dans l'attribution des marchés publics de la Confédération, respectivement dans la mesure où leur non-respect a été défini comme un motif d'exclusion²². Dans le cadre des recommandations de la Commission des achats de la Confédération, il est souligné en rapport avec la durabilité des marchés publics, que ces standards sont à respecter tout au long de la chaîne d'approvisionnement²³. La stratégie du développement durable du Conseil fédéral de 2002 part du principe que les buts économiques, écologiques et sociaux poursuivis par les marchés publics peuvent être conciliés²⁴. Cependant, la prise en considération des aspects sociaux ne doit pas conduire à une situation, dans laquelle les aspects économiques sont perdus de vue²⁵. A l'heure actuelle, l'on observe un développement contraire à l'application des principes purement économiques qui étaient prédominants durant les années 90. L'exemple le plus frappant sont les directives de l'Union européenne concernant les marchés publics de 2014 qui sont actuellement transposées au niveau des droits nationaux²⁶. Déjà

²¹ Stratégie développement durable : lignes directrices et plan d'action 2008-2011, Rapport du Conseil fédéral suisse du 16 avril 2008, p. 21 s., confirmé dans la stratégie développement durable 2012-2015, p. 32 s. avec référence particulière au Masterplan Cleantech; cf. monitoring de durabilité pour les marchés publics de la Confédération art. 8 de l'Ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale du 24 octobre 2012 (Org-OMP; RS 172.056.12)

²² Ordonnance sur les marchés publics (OMP) du 11 décembre 1995, dans sa version en vigueur depuis le 1er janvier 2010, RS 172.056.11; cf. concernant la modification du 18 novembre 2009 RO 2009 6149 avec rapport explicatif du 1er janvier 2010 (<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medien-informationen/00467/index.html?lang=de&msg-id=30179>, consulté la dernière fois le 19 avril 2015; ci-après : rapport explicatif OMP). Dans ce contexte, l'intérêt porte avant tout sur l'art. 7 al. 2 OMP, selon lequel il convient de respecter au moins les normes fondamentales, si la prestation est fournie à l'étranger.

²³ Recommandations de durabilité, op.cit. [nbp. 20], p. 10 ; cf. à ce sujet d'une façon détaillée chapitre V/4 ci-après.

²⁴ Cf. Steiner, Studie, op.cit. [nbp. 3], p. 18 ; d'une façon générale concernant la coordination et le renforcement de la cohérence entre les différents domaines concernés de la politique cf. Stratégie développement durable 2002, op.cit. [nbp. 20], p. 12 ; cf. à ce sujet, d'une façon détaillée chapitre, II/2 infra.

²⁵ Cf. à ce sujet à titre d'exemple les recommandations de durabilité op.cit. [nbp. 20], p. 4

²⁶ Directives 2014/24/EU du 26 février 2014 (JO. L 94 du 28 mars 2014, p. 65 ss.) et 2014/25/EU du 26 février 2014 (JO. L 94 du 28 mars 2014, p. 243 ss.); cf. concernant le tout Soudry/Hettich (édit.), Das neue Vergaberecht – Eine systematische Darstellung der neuen Vergaberichtlinien 2014, Cologne 2014,

sur la base des directives 2004²⁷, la Commission de l'Union européenne s'est engagée pour des marchés publics écologiques, étant donné qu'une telle approche facilitait l'entrée sur le marché de produits et de services respectueux de l'environnement. Selon le concept de la Commission, cela conduirait à une consommation durable et favoriserait également l'innovation écologique et, par conséquent, la capacité concurrentielle de l'économie au sein de l'Union européenne²⁸. Comme en rapport avec les aspects écologiques, la Cour de justice de l'Union européenne, par sa décision Max Havelaar, a provoqué, concernant l'admissibilité de critères sociaux parmi les critères d'adjudication, un changement de paradigme²⁹, qui, actuellement, se trouve dans le cadre des directives 2014, pour l'essentiel, codifié³⁰. Mais même selon les nouvelles directives, les critères écologiques peuvent être pris en considération dans une plus large mesure que les critères sociaux ; ce n'est que en vue des aspects écologiques qu'il est possible d'internaliser des coûts externes³¹. La tendance, qui consiste à tenir compte, dans une plus large mesure, à côté des critères économiques, d'autres critères, fait en même temps l'objet de critique parce que cette démarche provoque « une complexité croissante »³². Le développement décrit se répercute également au niveau de la terminologie, dans la mesure où l'on ne parle plus de la prise en considération d'aspects étrangers aux marchés publics (« vergabefremde Aspekte »), mais d'innovation et de « strategic use of public procurement », respectivement « d'une contribution à la réalisation de buts stratégiques de

en part. p. 74 ss., ainsi que décision du cabinet allemand concernant les points angulaires de la réforme des marchés publics du 7 janvier 2015

²⁷ Directives 2004/17/CE du 31 mars 2004 (JO. L 134 du 30 avril 2004, p. 1 ss.) et 2004/18/CE du 31 mars 2004 (JO. L 134 du 30 avril 2004, p. 114 ss.)

²⁸ Ainsi, en particulier la communication de la commission « Marchés publics orientés à l'environnement » (COM[2008]400 final.) du 16 juillet 2008, p.13. Cela correspond depuis un certain temps à la position de la Fédération de l'industrie allemande BDI (cf. à ce sujet, à titre d'exemple Schäfer, Green Public Procurement im Rahmen der EU-Umwelt- und Nachhaltigkeitspolitik, in: Priess/Lau/Kratzenberg (édit.), Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung, Festschrift für Fridhelm Marx [ci-après: Festschrift Fridhelm Marx], Munich 2013, p. 657 ss., en particulier p. 660).

²⁹ Jugement de la Cour de justice de l'Union européenne dans la cause C-368/10 du 10 mai 2012 Commission c/ Royaume des Pays-Bas (ci-après : jugement Max Havelaar), cf. à ce sujet, d'une façon détaillée, chapitre VII/4 infra

³⁰ Wiedner/Spiegel, Europäische Vergaberichtlinien: Die nächste Generation, in: Festschrift Fridhelm Marx, op.cit. [nbp. 28], p. 819 ff., en particulier p. 827 ss. Cf. concernant la portée de ces développements sous l'angle du droit comparé du point de vue suisse, notamment ATF 140 I 285 c. 7.1 avec une présentation approfondie de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et avec références au droit des nouvelles directives

³¹ Cf. à ce sujet, notamment art. 68 de la directive 2014/24/EU ("le calcul basé sur la durée de vie") et le considérant 96

³² Stöckli, Vorwort, in: Zufferey/Stöckli (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2014, Zurich 2014, p. V

l'Europe 2020 »³³. En ce sens, Zufferey et Dubey constatent, à juste titre, que les intérêts publics influant sur les marchés publics constituent un concept dynamique et doivent le rester, alors que la société évolue³⁴. En conséquence, l'appréciation juridique des aspects étrangers à l'adjudication de marchés publics évolue aussi, d'une façon générale, et en particulier, dans la prise en considération d'aspects sociaux. Il s'ensuit que l'OIT recommande que la situation actuelle, dans laquelle une attention accrue est accordée par l'opinion publique au respect des normes fondamentales dans le processus de production, soit utilisée pour mettre en évidence des standards OIT et d'en tenir compte dans la révision de réglementations portant sur l'adjudication de marchés publics³⁵. Simultanément, il se pose la question de savoir si, compte tenu de l'évolution du droit européen des marchés publics, il n'y a pas lieu de créer également en Suisse des bases légales permettant la prise en considération d'aspects sociaux dans l'adjudication de marchés publics³⁶. Le rapport explicatif à l'AIMP ne prévoit cependant pas ceci, mais considère, au contraire, la réglementation d'aspects sociaux par le biais du renvoi aux normes fondamentales de l'OIT et la mention du critère d'adjudication de la formation des apprentis, comme exhaustive³⁷. Sur la plan fédéral, le rapport explicatif concernant l'art. 33 du projet LMP se montre un peu plus ouvert dans le cadre de la description du critère de durabilité³⁸.

³³ Ainsi en particulier Le livre vert (de la Commission EU) concernant la modernisation de la politique européenne dans le domaine des marchés publics du 27 janvier 2011 (COM [2011] 15 final.), p. 4 s. et p. 38 s., et l'Acte sur le marché unique du 13 avril 2011 (COM[2011] 206 final.) sous point 2.12, qui contient une annonce du remaniement et de la modernisation du cadre juridique des marchés publics, avec le but d'aboutir à une politique équilibrée, dont la demande s'appuie sur des produits, des services et des constructions écologiques, socialement responsables et innovants. Un peu plus réservée, l'annonce de la commission « Contribution à un développement durable : le rôle du «Fair-Trade» et des concepts non étatiques destinés à assurer un développement durable. » (COM[2009] 215 final.) du 5 mai 2009, p. 9 s.

³⁴ Zufferey/Dubey, *Ergänzungsstudie*, op.cit. [nbp. 14], p. 18

³⁵ Cf. à ce sujet International Labour Office, *Labour clauses in public contracts*, Genève 2008, en part. p. 100 ch. 280

³⁶ Trüeb, *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, op.cit. [nbp. 15], p. 1025 s.: cf. à ce sujet aussi la prise de position commune de plusieurs organisations non gouvernementales concernant l'AIMP (<https://www.evb.ch/themen-hintergruende/konsum/oeffentlichebeschaffung/forderungen/>, consulté la dernière fois le 19 avril 2015, en particulier les suggestions concernant l'art. 31 du projet)

³⁷ Rapport explicatif concernant l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 18 septembre 2014 (<http://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/e-ivoeb/>, consulté la dernière fois le 19 avril 2015; ci-après: rapport explicatif P-AIMP), p. 37 ad art. 31 du projet

³⁸ Cf. à ce sujet aussi art. 3 AP-OMP (Définition de la durabilité, y compris aspects sociaux); Rapport explicatif concernant la Loi fédérale sur les marchés publics du 1^{er} avril 2015 (<https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>, consulté la dernière fois le 19 avril 2015; ci-après: rapport explicatif AP LMP [à ne pas confondre avec AP LMP 2008, cf. à ce sujet nbp. 1], p. 31 ad art. 33 du projet ; cependant, à ce jour, il n'a pas été affirmé que le but de l'harmonisation devrait être abandonné pour tenir compte d'aspects de durabilité. Il s'agit donc avant tout

II. Les buts du droit des marchés publics

1. Les buts classiques respectivement traditionnels du droit des marchés publics

Les buts de la réglementation des marchés publics sont définis à l'art. 1 LMP (comme aussi à l'art. 1 al. 3 AIMP). Il s'agit d'assurer la transparence des procédures d'adjudication (art. 1 al. 1^{er} lit. a LMP ; art. 1 al. 3 lit. c AIMP), le renforcement de la concurrence entre les soumissionnaires (art. 1 al. 1^{er} lit. b LMP; art. 1 al. 3 lit. a AIMP), de favoriser l'utilisation économique des fonds publics (art. 1 al.3 lit. c LMP ; art. 1 al. 1^{er} al. 3 lit. d AIMP) et de garantir l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires (art. 1 al. 2 LMP ; art. 1 al. 3 lit. d AIMP). Les buts de la loi sont dans un rapport étroit entre eux³⁹, mais peuvent se révéler aussi contradictoires. Leur mise en œuvre commune assure la concurrence organisée des soumissionnaires en tant « que substitut pour le contrôle du caractère économique des acquisitions » des entités publiques, alors qu'un contrôle par le marché fait défaut⁴⁰. Cette finalité plus large demande une réglementation plus dense et plus englobante comparé à la réglementation fixant les conditions minima visée par l'AMP. Par conséquent, l'énoncé, selon lequel la loi correspondrait au but poursuivi par l'AMP⁴¹ doit être précisé en ce sens que les buts de la LMP sont, sans doute, conformes à l'AMP, mais les buts de la LMP vont au-delà des buts de l'AMP, ce qui apparaît, par exemple, dans la définition de l'offre économiquement la plus avantageuse. La plupart des règles concernant les marchés publics découlent des buts énumérés ci-dessus, respectivement concrétisent ceux-ci⁴². Bien entendu, les différentes

de tester l'acceptation. Dans le cadre du message, celui qui est appelé à appliquer le droit, devrait recevoir ultérieurement des aides d'orientation (cf. concernant le devoir de clarté des matériaux, chapitres VII/1 et VII/3 in fine).

³⁹ Message 2 GATT, op.cit. [nbp. 6], p. 1176

⁴⁰ Aicher, Die Verfahrensgrundsätze des § 97 Abs. 1 und 2 GWB, in: Müller-Wrede (édit.), Kompendium des Vergaberechts, 2ème édition Cologne 2013, p. 371 s.; pour le droit suisse, l'ouvrage de base est Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz (ci-après: Öffentliche Beschaffung), Zurich 2004, p. 131 ss., ch. 182 ss.

⁴¹ Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Bâle 2010, p. 25

⁴² Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts – Die Vergabeprinzipien und ihre Konkretisierung in der Rechtsprechung der BRK (ci-après: Ziele und Instrumente), Zurich 2008, p. 5 ch. 14; cf. de la

dispositions de la LMP doivent être interprétées en tenant compte des buts de la loi définis selon l'art. 1 ci-dessus⁴³.

2. La durabilité en tant que but du droit des marchés publics ?

Déjà en 2004, l'OFEV (respectivement à l'époque encore OFEFP) a indiqué que la mise en œuvre de la stratégie du développement durable du Conseil fédéral de 2002 nécessite par souci de cohérence, dans le cadre de la révision du droit des marchés publics, l'introduction d'une norme programmatique au niveau de la définition du but. Ce n'est qu'ainsi que la logique supérieure qui commande les acquisitions durables peut être mise en œuvre⁴⁴. Le projet LMP du 1er avril 2015 prévoit, comme le projet AIMP du 18 septembre 2014, que cette loi a pour but d'assurer l'utilisation parcimonieuse des deniers publics, en tenant compte du développement durable (art.1 lit. a avant-projet LMP). Ainsi, contrairement à la position adoptée par l'OFEV, la durabilité n'est pas un but indépendant, mais fait partie de la notion "best value for money". Dans le rapport explicatif, il est exposé que la prise en considération de la durabilité correspond à la Constitution fédérale (art. 2 al. 2 CF) ainsi qu'aux directives du Parlement et du Conseil fédéral⁴⁵. En ce qui concerne les directives du Conseil fédéral, il s'agit, notamment, depuis le 1^{er} janvier 2010, à côté des normes fondamentales de l'OIT, déjà mentionnées, du critère d'adjudication de la durabilité, prévu à l'art. 27 al. 2 OMP. Dans le rapport explicatif concernant l'OMP du 18 novembre 2009, il est exposé que le Conseil fédéral favorise les procédures d'achat fondées sur la prise en considération de "critères de développement durable". La Confédération souhaite acquérir des biens, services et travaux de constructions, qui satisfont, sur l'ensemble de leur

même façon concernant l'AMP et en particulier concernant le principe de la transparence Galli/Lehmann/Rechsteiner, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zurich 1996, p. 73

⁴³ Rapport explicatif AP LMP, op.cit. [nbp. 38], p. 10 ad art. 1 AP LMP. Ehrlicke parle, à titre d'exemple, concernant le principe de l'égalité de traitement d'une « directive d'interprétation » (in: Montag/Säcker, *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, Tome 3: Beihilfen- und Vergaberecht, Munich 2011, ch. 32 ad § 97 GWB avec des références; cf. concernant le tout aussi Aicher, *Die Verfahrensgrundsätze des § 97 Abs. 1 et 2 GWB*, op.cit. [nbp. 40], p. 372 s. ch. 17).

⁴⁴ Forces et faiblesses de la réglementation de la prise en considération d'aspects écologiques dans les marchés publics, Rapport du OFEFP à l'attention du secrétariat de la Commission des achats de la Confédération, 2004, p. 19 point 5.1 (<http://www.bafu.admin.ch/produkte/02076/12771/index.html?lang=de>, consulté la dernière fois le 15 avril 2015)

⁴⁵ Rapport explicatif AP LMP, op.cit. [nbp. 38], p. 10 ad art. 1 AP LMP

cycle de vie, à des exigences économiques, sociales et écologiques élevées⁴⁶. Dans le présent contexte, il n'y a pas lieu d'examiner si le but de la durabilité, respectivement si l'élargissement du but de l'économicité à la durabilité, est opportun ou s'il est nécessaire pour des motifs de cohérence⁴⁷, mais si ce but est compatible, sous l'angle juridique, avec les buts classiques des marchés publics. A cet effet, il y a lieu de retenir que les buts traditionnels des marchés publics peuvent également se trouver dans une situation de conflit entre eux⁴⁸. Ainsi, la création d'une concurrence entraîne des coûts de transaction qui peuvent se révéler disproportionnés sous l'angle de l'utilisation économique des fonds publics. Cependant, l'art. 1 LMP ne contient pas de règle de collision. Bien au contraire, il y a lieu de procéder, dans chaque cas individuel, à une pesée des intérêts⁴⁹. En particulier, l'autorité d'adjudication doit utiliser les marges d'appréciation dont elle dispose. N'est ainsi pas posé le principe, selon lequel tous les autres buts seraient subordonnés à l'utilisation économique des fonds publics, qui prévaut, quand bien même ce but est décrit parfois comme le but traditionnel et le plus important des buts⁵⁰. L'énoncé, faisant état de la concurrence comme du principe de base de l'adjudication, ne correspond pas non plus au concept de la LMP⁵¹. L'avant-projet de 2008, concernant l'art. 2 AP-LMP, correspondant à l'art. 1 de la loi actuelle, part, bien au contraire, expressément de l'idée que les différents buts sont, après comme avant, équivalents⁵². Selon l'avis exprimé ici, ceci est également valable pour l'art. 1 de l'avant-projet de la LMP 2015. Cette logique conduit aussi à la solution permettant l'intégration du but de la durabilité. En effet, d'après l'avis exprimé ici, rien ne s'oppose à un tel but, aussi longtemps que l'on ne

⁴⁶ Rapport explicatif OMP, op.cit. [nbp. 22], p. 21 ad art. 27 al. 2 LMP

⁴⁷ Rejeté, notamment, par *economiesuisse* dans le cadre de la consultation du 19 décembre 2014 (ad art. 1 projet AIMP)

⁴⁸ Décision incidente du TAF B-562/2015 du 21 avril 2015 c. 5.6.1 avec des références; Dreher, in: Dreher/Stockmann, *Kartellvergaberecht*, extrait de: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, 4ème édition, Munich 2008, ch. 12 ad § 97 GWB; ceci est valable de la même façon sur la plan de la constitution pour les buts étatiques, dont fait partie le développement durable (Ehrenzeller, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar* (ci-après: *St. Galler BV-Kommentar*), 3^{ème} édition, Zurich/St-Gall, ch. 12 s. ad art 2 CF)

⁴⁹ Fetz, *Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes*, in: Koller/Müller /Tanquerel/Zimmerli (édit.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Tome XI: *Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, Bâle 2007, p. 477 ss., en part. p. 498

⁵⁰ Beyeler, *Öffentliche Beschaffung*, op.cit. [nbp. 40], p. 149 ss., et le même, *Ziele*, op.cit. [nbp. 42], p. 132 ch. 359; dans le sens d'une priorité cependant Suter, *Der Abbruch des Vergabeverfahrens*, Bâle 2010, p. 71

⁵¹ Cf. concernant le droit des marchés publics allemand et européen, à titre d'exemple Ehrlicke, in: *Münchener Kommentar*, op.cit. [nbp. 43], ch. 6 ad § 97 GWB avec des références

⁵² Rapport explicatif AP-LMP 2008, op.cit. [nbp. 1], p. 27

part pas de l'idée que le but de la durabilité peut, voire même doit, primer les autres buts⁵³. La doctrine a précisé à ce sujet que l'ouverture du droit des marchés publics était souhaitable pour la poursuite du but de durabilité dans le sens de conditions cadre appropriées, sans que les buts primaires des marchés publics ne soient relativisés d'une façon inacceptable ; il s'agit donc d'une balance équilibrée⁵⁴. Selon l'avis exprimé ici, le législateur ne doit pas dispenser celui qui est appelé à appliquer le droit, de la pesée des intérêts qui en découle⁵⁵. Des conflits de buts éventuels doivent être résolus dans le sens d'une concordance pratique (« praktische Konkordanz »)⁵⁶. Ceci n'a rien de nouveau si l'on se rappelle la discussion concernant les intérêts publics, sur la base desquels la liberté économique, garantie par l'art. 27 CF, peut être restreinte par des mesures ne touchant pas au noyau du principe⁵⁷. Ce concept s'accorde particulièrement bien avec la logique régissant les marchés publics, qui exclut, par une disposition spéciale, à savoir l'art. 31 LMP, l'examen de l'opportunité de la décision (par exemple concernant le choix et la pondération des critères d'adjudication)⁵⁸ par la justice.

⁵³ Cf. concernant le but écologique dans "Zielsystem" de la Constitution fédérale Morell/Vallender, St. Galler BV-Kommentar, op.cit. [nbp. 48], ch. 5 ad art. 74 CF. D'autre part, il est contesté si selon le droit européen le marché unique est prioritaire par rapport aux autres buts. Des opinions récentes tendent plutôt à affirmer que les autres buts sont, selon l'art. 3 Constitution, du même niveau (cf. à ce sujet par rapport à la protection nationale de l'environnement dans le cadre de l'harmonisation, à titre d'exemple Kahl, in: Calliess/Ruffert; EUV/AEUV, Kommentar, 4^{ème} édition, Munich 2011, ch. 44 ad art. 114 AEUV). Pour les nouvelles directives concernant les marchés publics Soudry/Hettich partent de l'idée que la poursuite des buts stratégiques « est au même niveau avec les autres buts traditionnels des marchés publics » pour ce qui concerne tout au moins le respect des standards prévus à l'art. 18 al. 2 de la directive 2014/24/EU (y compris les normes fondamentales de l'OIT) (Soudry/Hettich, op.cit. [nbp. 26], p. 75).

⁵⁴ Steiner, Nachhaltige Beschaffung 2014, op.cit. [nbp. 3], p. 172 avec des références; Steiner, Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel? – Ein Blick nach Europa und zurück in die Schweiz, in: Jusletter du 16 janvier 2012, p. 2; cf. concernant le droit des marchés publics européen les conclusions finales de l'avocate générale Juliane Kokott dans la cause C-368/10 du 15 décembre 2011, chiffre marginal 3, ainsi que concernant le droit allemand Brackmann, Nachhaltige Beschaffung in der Vergabepaxis, in: VergabeR 2014, p. 310 ss. en particulier p. 314 s. (concernant la jurisprudence du Tribunal supérieur de Düsseldorf)

⁵⁵ Cf. à ce sujet mutatis mutandis concernant les buts de l'Etat selon l'art. 2 CF Ehrenzeller, St. Galler BV-Kommentar, op.cit. [nbp. 48], ch. 13 ad art. 2 CF

⁵⁶ Steiner, Studie, op.cit. [nbp. 3], p. 101 ss.; cf. concernant les buts de l'Union européenne en droit comparé Ruffert, in: EUV/AEUV, Kommentar, op.cit. [nbp. 53], ch. 11 ad art. 3 Constitution EU

⁵⁷ Vallender, in: St. Galler BV-Kommentar, op.cit. [nbp. 48], ch. 57 s. ad art. 27 CF

⁵⁸ Cf. à ce sujet aussi art. 58 al. 3 lit. a AP LMP en particulier concernant la pondération des critères d'adjudication, le jugement du TAF B-4288/2014 du 25 mars 2015 c. 4.2, et concernant le droit cantonal des marchés publics le jugement du Tribunal administratif de Zurich VB.2012.00738 du 30 janvier 2013 c. 3.1

III. Le cas classique : La prise en considération de la formation des apprentis dans le cadre de l'appréciation des offres

1. Le critère de la formation des apprentis constitue-t-il un critère étranger dans l'adjudication des marchés publics ?

Selon Gauch/Stöckli les critères étrangers aux marchés publics sont définis comme des critères d'aptitude qui ne concernent pas l'aptitude du soumissionnaire en rapport avec la prestation requise ou comme des critères d'adjudication qui ne concernent pas l'économicité de l'offre^{59,60}. Les critères d'adjudication classiques peuvent, par contre, être décrits comme des exigences qualitatives concernant les prestations⁶¹. Il s'ensuit que le critère d'adjudication du caractère écologique (« Umweltverträglichkeit »), contrairement à la terminologie des années 90, n'est pas un critère étranger aux marchés publics dans la mesure où un lien suffisamment étroit peut être établi entre la consommation d'énergie ou le bilan des matières toxiques et le produit⁶². Dans la mesure où toute poursuite de buts politiques – en particulier de buts étatiques selon l'art. 2 CF – est décrite comme étrangère aux marchés publics, le terme « but étranger aux marchés publics » est utilisé comme « notion de combat » (« Kampf-begriff ») de politique juridique⁶³. Le critère d'adjudication de la formation des apprentis – en utilisant la formule du le Tribunal administratif de Zurich – « n'est pas orienté à l'utilité de l'offre »⁶⁴. Pour le surplus, il se réfère à

⁵⁹ Gauch/Stöckli, Vergabethesen 1999, Fribourg 1999, p. 27

⁶⁰ Selon l'avis exprimé ici, une exigence étrangère aux marchés publics adressée au soumissionnaire par définition n'est pas un critère d'aptitude (Steiner, Studie, op.cit. [nbp. 3], p. 63 s.). Cf. la notion d'aptitude de l'AMP, le chapitre IV/3.2.1 infra

⁶¹ Jugement TAF B-4288/2014 du 25 mars 2015 c. 4.4

⁶² Même selon la nouvelle terminologie, les tentatives de l'adjudicataire visant à influencer le comportement du soumissionnaire au-delà de l'objet de la soumission, restent étrangères au marché publics, par exemple concernant la question de savoir si un producteur d'énergie n'offre que de l'énergie verte ou si un commerçant de café offre seulement du café « Fair-Trade »; cf. pour éviter des « programmes de rééducation d'entrepreneurs » le chapitre VII/4.

⁶³ De même concernant la question de savoir si l'on parle de l'énergie nucléaire ou de l'énergie « atomique », concernant à ce sujet la prise de position critique, à titre d'exemple, van den Eikel, Die zulässige Implementierung "vergabefremder" Kriterien im europäischen Vergaberecht, Hamburg 2006, p. 39 ss.

⁶⁴ Décision VB.2012.00055 du 20 juillet 2012 c. cf. concernant le tout Lanter, Die Bewertung der Lehrlingsausbildung im Vergaberecht (ci-après: Lehrlingsausbildung), in: ZBI 2013, p. 599 ss., en part. p. 601

des qualités du soumissionnaire, et non pas à celles du produit⁶⁵. Dans la mesure où une partie de la doctrine argumente que la formation des apprentis est la preuve de solidité et de capacité financière, et pourrait être comprise comme la preuve classique de l'aptitude, cette argumentation apparaît peu convaincante⁶⁶. Surtout le fait que la formation des apprentis comme critère d'adjudication, bien que sur le plan juridique « fortement contesté »⁶⁷, trouve sur le plan politique « une relativement large acceptation », ne doit pas conduire à une situation dans laquelle ce critère n'est plus considéré comme étranger aux marchés publics⁶⁸.

En ce sens, l'on a créé un cas d'école juridique, selon lequel le mandat à adjudger consiste à montrer aux jeunes concernant une certaine branche d'activité des perspectives d'avenir. Dans ce contexte, la question de savoir s'il est possible de discuter avec des apprentis de leur première expérience, peut revêtir une certaine importance⁶⁹. Dans une telle constellation, il peut être exceptionnellement demandé au soumissionnaire de présenter un certificat attestant qu'il forme un certain nombre d'apprentis. Normalement, l'engagement d'apprentis n'assure pas sur l'exécution correcte du mandat par le soumissionnaire, mais constitue un aspect additionnel de l'offre, lié à la politique sociale⁷⁰. Par conséquent, il ne reste plus que la constatation que la prise en considération de la formation des apprentis doit assurer que les entreprises, qui respectent les buts découlant de la constitution et des lois, supportant ainsi des frais généraux plus importants, ne soient pas désavantagées⁷¹. Ceci est typique pour un aspect étranger aux marchés publics ; la prise en considération d'un tel aspect a toujours lieu en tenant

⁶⁵ Lanter, Lehrlingsausbildung, op.cit. [nbp. 64], p. 609

⁶⁶ Cf. à ce sujet, à titre d'exemple, Esseiva, Mise en oeuvre de la nouvelle législation cantonale en matière des marchés publics, Baurecht 1998, p. 104 ss., p. 106

⁶⁷ Ainsi par exemple Zufferey/Dubey, Ergänzungsstudie, op.cit. [nbp. 14], p. 13

⁶⁸ En ce sens, Neue Ansätze beim Beschaffungsrecht: Ein Vorschlag de lege ferenda, Baurecht 2006, p. 196 ss., p. 197; cf. concernant la prise en considération des préoccupations de PME dans le droit des marchés publics européen Ehricke, qui (selon l'avis exprimé ici) part, à tort, de l'idée, que la mention du but de la favorisation des PME au § 97 GWB, à l'art. 1 de la LMP allemande, entraînerait le changement de qualification de qualification étrangère aux marchés publics en qualification conforme (Münchener Kommentar, op.cit. [nbp. 43], ch. 620 ad § 97 GWB).

⁶⁹ Steiner, Studie, op.cit. [nbp. 3], p. 64

⁷⁰ Décision VB.2002.00255 du Tribunal administratif du canton de Zurich du 9 juillet 2003, c. 4; Lanter, Lehrlingsausbildung, op.cit. [nbp. 64], p. 601. De même, il est indiqué dans les recommandations de durabilité qu'il n'est pas possible, en règle générale, d'établir un lien entre les critères sociaux et l'objet de la soumission op.cit. [nbp. 20], p. 5 et p. 17. Ceci est particulièrement vrai pour ce qui concerne la question de savoir si une entreprise de construction forme des apprentis.

⁷¹ Jugement du Tribunal administratif argovien du 9 août 2001, AGVE 2001, p. 342 ss., c. 1c/bb/aaa p. 345

compte de la cohérence de l'ensemble des valeurs, dont le droit constitue le reflet, afin d'éviter qu'il puisse être reproché au pouvoir public d'adopter un comportement incohérent⁷².

2. Est-il admissible de tenir compte de la formation des apprentis dans l'adjudication d'un marché public ?

Le fait qu'un critère soit considéré comme étranger aux marchés publics, ne signifie pas, per se, que sa prise en considération est inadmissible, cela contrairement aux critères qui poursuivent des buts protectionnistes ou une finalité structurelle⁷³. Il est admissible de prendre en considération des critères étrangers aux marchés publics, qui, conformément au droit applicable à l'adjudication, peuvent ou doivent être pris en considération⁷⁴. Cependant, selon l'avis qui est exprimé ici, l'intégration de critères étrangers aux marchés publics dans le processus d'adjudication nécessite une base légale formelle⁷⁵. Cela résulte également de la notion de loi matérielle comme elle est ancrée dans la nouvelle Constitution fédérale (art. 164 al. 1 CF)⁷⁶. Par conséquent, il y a peu encore, la prise en considération de la formation des apprentis comme critère d'adjudication était inadmissible sur le plan fédéral⁷⁷. Il en allait différemment dans les

⁷² Ce qui ne signifie pas qu'il existe une obligation de former des apprentis, alors que dans une telle hypothèse se poserait (d'après les partisans de ce critère) la question de l'existence d'un motif d'exclusion (cf. chapitre IV/3.2.2 ci-après).

⁷³ Jugement TAF B-4288/2014 du 25 mars 2015 c. 4.4; Galli/Moser/Lang/Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts* (ci-après: *Praxis*), 3ème édition, Zurich 2013, ch. 839 et ch. 918

⁷⁴ Gauch/Stöckli, *op.cit.* [nbp. 59], p. 28. Le Tribunal administratif du Canton de Zurich a souligné qu'une autre «politique de l'emploi», à défaut d'une base légale, contrairement à la formation des apprentis, ne saurait entrer en ligne de compte comme critère d'adjudication (décision VB.2012.00055 du juillet 2012 c. 5).

⁷⁵ Décision fondamentale ATF 140 I 285 c. 7.1 avec des références. Ainsi le Tribunal administratif argovien a indiqué que si la formation des apprentis fait partie des critères d'adjudication, elle ne pourrait être prévu comme critère d'aptitude. (AGVE 1999, p. 294 ss., c. 2c/bb/ccc S. 300); cf. concernant le tout Steiner, *Nachhaltige Beschaffung 2014*, *op.cit.* [nbp. 3], p. 170 s.

⁷⁶ Cf. concernant l'importance économique et la nécessité de légitimation démocratique qui en découle pour une base légale, le jugement du TAF B-6177/2008 du 13 février 2009, publié in ATAF 2009/17, c. 8.2, et concernant l'argument en faveur de base légale en raison l'importance de politique juridique, le jugement prévu pour la publication du TAF B-660/2014 du 11 décembre 2014 c. 4.3 ss. concernant une disposition de l'ordonnance contraire à la loi qui règle les modalités du service civil.

⁷⁷ Galli/Moser/Lang/Steiner, *Praxis*, *op.cit.* [nbp. 73], ch. 917 avec nbp. 1154, Zufferey/Dubey, *Ergänzungsstudie*, *op.cit.* [nbp. 14], p. 13, et Steiner, *Nachhaltige Beschaffung – Vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen*, Baurecht, cahier spécial: *Vergaberecht 2004* (ci-après: *Nachhaltige Beschaffung 2004*), p. 58 ss., p. 60; d'un autre avis Hauser, *Zuschlagskriterien im Submissionsrecht*, in: *AJP 2001*, S. 1418, et concernant les critères d'adjudication sociaux susceptibles de faire partie de la «durabilité» Beyeler, Kaffee, *op.cit.* [nbp. 3], remarque 4, p. 263 s.

Cantons d'Argovie et de Zurich⁷⁸, qui connaissent une base légale depuis la transposition de l'AMP de 1994, dans le sens de l'intégration d'un critère d'adjudication étranger aux marchés publics, mais dont il est tenu compte comme critère d'adjudication. Cependant, l'autorité intercantonale, à l'instar du Tribunal administratif du Canton de Zurich, apporte une réserve à cet égard⁷⁹, en précisant que ce critère ne peut pas être utilisé à l'égard de soumissionnaires en provenance de pays signataires de l'AMP qui ne disposent pas d'un système de formation des apprentis comparable à la formation professionnelle suisse⁸⁰. Ces réserves ont trouvé leur expression, depuis le 1^{er} janvier 2010, à l'art. 27 al. 3 OMP qui précisait que la prise en considération de la formation des apprentis ne peut être pertinente qu'en présence d'offres de soumissionnaires suisses ayant présenté des offres équivalentes⁸¹. Quant aux autres conditions concrètes applicables à ce critère (par exemple, la prise en considération de la taille des entreprises dans le cadre de l'appréciation du nombre d'apprentis), il n'y a pas lieu d'entrer ici en matière à leur sujet⁸². Par la mise en vigueur, le 1^{er} avril 2015, de la modification de la LMP du 26 septembre 2014, ce critère d'adjudication a trouvé, sur le plan fédéral, une base légale formelle, étant précisé que, conformément à la proposition du Conseil des Etats⁸³, le critère de « la formation de personnes en formation professionnelle initiale » ne peut être pris en considération que pour les marchés qui ne sont pas soumis à des accords internationaux⁸⁴. Ainsi, à l'heure actuelle, la situation est, pour l'essentiel, identique sur le plan fédéral comme dans les cantons qui connaissent déjà depuis un certain temps une base légale pour

⁷⁸ § 18 al. 2 du Décret des soumissions argovien du 26 novembre 1996 (Recueil du droit argovien 150.910), § 33 al. 1 de l'Ordonnance zurichoise sur les soumissions du 23 juillet 2003 (LS 720.11)

⁷⁹ Décision VB.2002.00255 du Tribunal administratif zurichois du 9 juillet 2003, c. 3b et 3e

⁸⁰ Appréciation (juridique) du 20 février 2005 concernant l'inclusion des efforts de formation dans les critères d'adjudication dans l'AIMP, respectivement dans les lignes directrices. Point 3.3. p.5

⁸¹ Cf. à ce sujet aussi rapport explicatif OMP, op. cit. [nbp. 22], p. 21 s. ad art. 27 al. 3 OMP

⁸² Cf. ATF 129 I 313 c. 8.3, Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis, op.cit. [nbp. 73], ch. 929 avec références à la jurisprudence cantonale, Stöckli, remarque ad no. S18-S20, in: Baurecht 2/2008, p. 97, et concernant le tout, Lanter, Lehrlingsausbildung, op.cit. [nbp. 64], p. 603 ss. Avec des réf. en part. concernant les jugements VB.2012.00055 du Tribunal administratif zurichois du 20 juillet 2012 c. 5.2 et B2012/27 du Tribunal administratif de St-Gall du 3 juillet 2012 c. 3.2

⁸³ CuriaVista Objet parlementaire 03.445; cf. concernant la proposition de la commission le PV de la délibération de la séance plénière du Conseil des Etats du 3 juin 2014. Dans le cadre de la délibération, Mme la Conseillère fédérale Widmer-Schlumpf a insisté encore une fois sur le fait que cette proposition ne venait pas de la « cuisine du Conseil fédéral »; concernant l'opportunité d'un tel critère, en tant que réaction au sujet de la loi adoptée, d'une façon critique, à titre d'exemple Hettich, Ziel-Kaleidoskop im Beschaffungsrecht (<http://www.regulierung.ch/blog/2014/10/17/beschaffungsrecht>, consulté la dernière fois le 15 avril 2014)

⁸⁴ RO 2015 773; cf. projet soumis au référendum FF 2014 6959

la prise en considération de la formation des apprentis ; le projet de loi pour un nouveau AIMP règle la formation des apprentis à l'article 32 al. 2 P-AIMP.

3. Peut-on inférer de la notion de l'offre la plus avantageuse sur le plan économique des éléments concernant la pondération de la formation des apprentis comme critère d'adjudication ?

Compte tenu du but découlant de la Loi sur le marché intérieur, le Tribunal administratif du Canton de Zurich constate qu'il se pose la question de savoir jusqu'où l'on peut aller avec l'application de ce critère sans restreindre, d'une façon démesurée, l'accès au marché intérieur au sens de cette loi. Dans ce contexte, de toute évidence, il ne saurait être question d'attribuer des marchés publics exclusivement, ou d'une façon prépondérante, en fonction de l'utilisation d'apprentis par les soumissionnaires en question⁸⁵. Pour le surplus, les cantons qui ont adhéré à l'AIMP se sont engagés, selon l'art. 13 lit. f AIMP, à prévoir dans les dispositions d'application des critères d'adjudication appropriés, garantissant l'adjudication en faveur de l'offre économiquement la plus avantageuse. La définition de l'art. 13 lit. f AIMP est, manifestement, orientée à l'utilité de l'offre à la collectivité publique procédant à l'adjudication, ce qui exclut – selon le Tribunal administratif du Canton de Zurich –, en principe, l'application de critères étrangers aux marchés publics, en particulier de critères de politique sociale. Il y a, certes, lieu de partir de l'idée que le critère de la formation des apprentis peut être utilisé dans le domaine de l'AIMP. Cependant, il convient de fixer une simple règle selon laquelle l'importance du critère de la formation des apprentis ne peut pas dépasser 10% dans la pondération de l'ensemble des critères d'adjudication⁸⁶. En ce sens, le Tribunal fédéral a rejeté le recours d'une commune valaisanne qui a invoqué devant le Tribunal cantonal le grief de la violation de l'autonomie communale. Le Tribunal fédéral a considéré comme non arbitraire que le Tribunal cantonal ait considéré que le critère de la formation des apprentis ait bénéficié, par rapport à l'importance du

⁸⁵ Décision VB.2002.00255 du Tribunal administratif du Canton de Zurich du 9 juillet 2003, c. 3c

⁸⁶ Décision VB.2002.00255 du Tribunal administratif du Canton de Zurich du 9 juillet 2003, c. 3d et 3e

prix, d'un poids excessif⁸⁷. En ce qui concerne la jurisprudence citée, il convient, dans un premier temps, de retenir que la Loi fédérale sur le marché intérieur ne fournit pas l'argument décisif pour trancher la question de savoir, si la prise en considération du critère de la formation des apprentis est admissible, étant donné que tous les cantons connaissent un système de formation identique, étant donné les bases légales communes de la Confédération⁸⁸. La question décisive est celle de savoir s'il peut être inféré de la notion de l'offre économiquement la plus avantageuse (cf. sur le plan fédéral l'art. 21 al. 1^{er} LMP) une règle qui prévoirait que la question précitée doit être tranchée essentiellement sur la base de critères étrangers aux marchés publics⁸⁹.

Il résulte de l'opinion minoritaire produite dans la décision du Tribunal administratif du Canton d'Argovie BE.99.00179, du 15 septembre 1999 c.3f, qu'il est, d'une façon générale, inadmissible que des critères étrangers aux marchés publics (« environnement » et « formation des apprentis ») obtiennent une importance de 43% ; ce qui conduirait, d'entrée de cause, à une distorsion de la concurrence. Pour le surplus, il y a lieu d'admettre l'usage manifestement erroné du pouvoir d'appréciation, si le critère de la « formation des apprentis », critère étranger aux marchés publics (avec 19.5%) a plus de poids que le critère du prix (12%)⁹⁰. Ce considérant est intéressant à plus d'un titre. Premièrement, il anticipe, en quelque sorte, la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle le prix doit avoir, par principe, une importance d'au moins 20%⁹¹. Deuxièmement, ce considérant constitue l'exemple pour l'argumentation actuellement dans une large mesure dépassée, selon laquelle la compatibilité avec l'environnement présenterait un aspect étranger aux marchés publics⁹². Troisièmement, le

⁸⁷ ATF 129 I 326 c. 8.4 et c. 9 ; cf. concernant le tout Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis, op.cit. [nbp. 73], ch. 929 ss.

⁸⁸ Aussi pour des motifs de démarcation des compétences, le Conseil fédéral a précisé dans sa réponse à la motion Galladé (04.3061) du 9 juin 2004 que la LMI n'est pas l'endroit approprié pour régler la procédure des acquisitions publiques cantonales et communales (en ce qui concerne la formation des apprentis comme critère d'adjudication). De telles réglementations doivent être prévues dans l'AIMP et dans les actes législatifs d'exécution cantonaux.

⁸⁹ Cf. Stöckli, Baurecht 2/2000, p. 59, remarque concernant les décisions S17 et S18

⁹⁰ Cf. à ce sujet Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis, op.cit. [nbp. 73], ch. 931 s.

⁹¹ ATF 129 I 313 c. 9.2, p. 327; cf. concernant la jurisprudence du TAF la décision incidente B-3311/2009 du 16 juillet 2009, c. 6.3 et c. 6.5 c. avec des références, et concernant celle de la CRM Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis, op.cit. [nbp. 73], ch. 854 et ch. 908

⁹² Steiner, Studie, op.cit.O. [nbp. 3], passim et concernant la pondération en particulier p. 85 f. avec nbp 373. Des aspects environnementaux sont en règle générale intégrables sous forme de spécification technique et sous le critère d'adjudication « caractère écologique » en tant que qualité souhaitée du produit ; Des points névralgiques comme les distances de transport constituent plutôt l'exception.

considérant se rapproche, dans son résultat, à la jurisprudence du Tribunal administratif du Canton de Zurich qui a émis la thèse qu'un critère étranger aux marchés publics, comme la formation des apprentis, ne saurait influencer, que dans une certaine mesure sur la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse. Cet élément a été retenu également dans les décisions ultérieures du Tribunal administratif du Canton d'Argovie. La pondération peu élevée du critère servait aussi à prévenir le risque d'une discrimination déguisée⁹³. Il s'ensuit, d'une part, que la pondération de critères étrangers aux marchés publics, compte tenu de l'offre économiquement la plus avantageuse, a des limites⁹⁴. Le droit allemand des marchés publics connaît, en quelque sorte, une limitation comparable de la pondération concernant la notion de l'aptitude plus élevée (« Mehreignung ») : des critères relatifs au soumissionnaire ne peuvent être pris en considération dans le cadre des critères d'adjudication que pour autant qu'ils ne dépassent pas, « ensemble, 25% de tous les critères d'adjudication »⁹⁵. D'autre part, cela ne signifie pas que l'on ne peut pas tenir compte de la formation des apprentis qu'en présence de deux offres équivalentes comme le prévoyait l'art. 39 al. 5 avant-projet LMP 2008 et, surtout, l'art. 27 al. 3 OMP, en vigueur entre janvier 2010 et mars 2015⁹⁶.

IV. L'Accord sur les marchés publics (AMP) en tant que cadre de droit international

1. Introduction

⁹³ AGVE 2001, p. 342 ss., en part. c. c/bb/aaa p. 345 s. avec référence à AGVE 1999, p. 298 s.

⁹⁴ Jugement TAF B-4288/2014 du 25 mars 2015 c. 4.4 in fine avec référence à Lanter, Lehrlingsausbildung, op.cit. [nbp. 64], p. 601 ; cf. concernant "Public Voting" le jugement du Tribunal administratif zurichois VB.2012.00074 du 28 mars 2012 c.3.3.2; d'un autre avis concernant les aspects « Fair-Trade » (car à son avis non étranger à la prestation) Beyeler, Kaffee, op.cit. [nbp. 3], point 4 des remarques, p.263; cf. à ce sujet d'une façon détaillée chapitre VII/4 infra

⁹⁵ § 4 al. 2 phrase 4 VgV; observation faite par Dr Rainer Noch, avocat, Munich/Unkel près de Bonn, dont il est remercié.

⁹⁶ Il résulte du rapport explicatif du Conseil fédéral concernant la modification de l'OMP du 18 novembre 2009 (op.cit. [nbp. 22], p. 21 ad art. 27 al. 3 OMP) que ce dernier maintient sa position, selon laquelle des critères étrangers à la prestation et des critères se rapportant à la prestation ne doivent pas être mélangés en vue du respect du "purity principle". C'est pour cette raison que le parlement a pris l'initiative d'ancrer la formation des apprentis dans la loi. Cf. au sujet de l'art. 27 al. 2 et 3 OMP aussi le chapitre VII/2 infra

Ce chapitre sera consacré au cadre de droit international des marchés publics. Cela faisant, dans la mesure du possible, il conviendra, d'une façon inductive, d'utiliser les éléments retenus en rapport avec le critère de la formation des apprentis. Des explications concernant le droit européen servent à l'interprétation de l'AMP, dans la mesure où tous les Etats membres de l'Union européenne sont des Etats signataires de l'AMP. A titre liminaire, il convient d'attirer l'attention sur le fait que l'AMP constitue une convention plurilatérale, contrairement au « paquet unitaire » multilatéral de l'OMC⁹⁷. Selon l'art. V AMP, la participation des pays en voie de développement devrait être facilitée, ce qui n'altère en rien le fait que l'AMP demeure un accord en vigueur entre pays développés⁹⁸. Pour le surplus, il convient de mentionner que le champ d'application de l'accord, en vertu de l'art. I al. 4 AMP, est délimité par des valeurs de seuil⁹⁹.

2. L'AMP en tant que droit purement économique ?

Dans le cadre de ce document de travail, il n'est pas possible de traiter l'AMP d'une façon approfondie¹⁰⁰. Nous allons examiner uniquement les dispositions pertinentes pour la prise en considération des aspects sociaux.

⁹⁷ Cf. à ce sujet à titre d'exemple Götsche, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, 2ème édition, Baden-Baden 2010, p. 473

⁹⁸ Arrowsmith part de l'idée – il est vrai avant l'adoption de la directive 2004/18/EG concernant le droit des marchés publics – que, aussi la possibilité limitée de prendre en considération des aspects sociaux, pourrait être une des raisons de ne pas adhérer au traité (Expanding Participation in WTO Procurement Disciplines, in: Dies., Government Procurement in the WTO, La Haie 2003, p. 438 ss., en part. p. 440). L'attractivité du traité pour des pays en voie de développement est, notamment, un but important visé par la révision de l'AMP (cf. Müller, Special and differential treatment and other special measures for developing countries under the Agreement on Government Procurement: the current text and new provisions, in: Arrowsmith/Anderson (édit.), The WTO Regime on Government Procurement: Challenges and Reform, Cambridge 2011, p. 339 ss.).

⁹⁹ Cf. à ce sujet aussi art. 6 LMP

¹⁰⁰ Cf. à ce sujet, à titre d'exemple, McCrudden, Buying Social Justice, Oxford 2007, p. 470 ss., et Steiner, Studie, op.cit. [nbp. 3], p. 24 ss., en particulier concernant les explications au sujet du "purity principle" p. 25 avec nbp. 56 ; Arrowsmith, Secondary Policies under the GPA, in: Dies., Government Procurement in the WTO, La Haie 2003, p. 325 ss., en part. p. 331 s.

Bien entendu, ceux-ci devront être toujours interprétés à la lumière de principes prévus à l'art. III de l'AMP concernant le traitement national et la nation la plus favorisée. Cependant, il est important de retenir que l'Accord sur les marchés publics ne contient pas une réglementation complète des marchés publics, mais son but est d'assurer la transparence et d'éviter les discriminations¹⁰¹. Une lecture différente se révélerait, par ailleurs, contraire au but mentionné qui est d'inciter d'autres Etats membres de l'OMC à s'y joindre¹⁰². Ceci conduit à la conclusion que l'AMP a pour but de fixer des standards minimaux et non pas de vendre un concept de politique économique défini, d'une façon exhaustive, par exemple, en excluant catégoriquement la prise en considération d'aspects de durabilité au sens d'un « purity principle »¹⁰³. Simultanément, la révision de l'AMP montre que les aspects environnementaux sont, en quelque sorte, placés hors de contestation, dans la mesure où ils sont expressément mentionnés dans le cadre des spécifications techniques et dans la réglementation des critères d'adjudication¹⁰⁴.

Il n'en va pas de même des aspects sociaux ce qui, cependant, ne signifie pas que leur prise en considération serait inadmissible au regard de l'AMP révisé. Bien au contraire – comme c'était le cas avant révision de l'AMP également pour les aspects écologiques – nous sommes ici en présence d'une "constructive ambiguity", étant précisé que selon l'art. XXII al. 8 de l'AMP révisé, il y aurait lieu d'élucider la marge de manœuvre dans le cadre d'un programme de travail "treatment of sustainable public procurement"¹⁰⁵.

3. L'interprétation des normes pertinentes de l'AMP

¹⁰¹ Jugement du TAF B-1332/2013 du 12 février 2014 c. 3.3.3.2; Biaggini, Abkommen, op.cit. [nbp. 8], p. 678; Trepte, The Agreement on Government Procurement, in: Macrory/Appleton/Plummer (édit.), The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis, tome I, New York 2005, p. 1123 ss., en part. p. 1148; en particulier concernant l'AMP révisé Anderson/Arrowsmith, The WTO Regime on Government Procurement, in: The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, op.cit. [nbp. 98], p. 25

¹⁰² Cf. à ce sujet chapitre IV/1 supra in fine

¹⁰³ Arrowsmith, Government Procurement in the WTO, La Haye 2003, p. 251 s. avec note en bas de page 21 ; Steiner, Nachhaltige Beschaffung 2014, op.cit. [nbp. 3], p. 151

¹⁰⁴ Art. X al. 6 AMP 2012 (spécifications techniques) et art. X al. 9 AMP 2012 (critères d'adjudication); Reich regrette cette incertitude (Reich, The New Text of the Agreement on Government Procurement, in: Journal of International Economic Law 2009, p. 989 ss., en part. p. 1013).

¹⁰⁵ En ce sens, le rapport explicatif LMP indique (nbp. 38 ; p. 10), que dans le cadre de la révision de l'AMP, il n'était pas possible d'atteindre un accord au sujet du champ d'application de la dimension sociale de la durabilité. L'appréciation des résultats qui pourraient être obtenus par le biais du programme de travail prévu est controversée. Trüeb part de l'idée que « des résultats spectaculaires » ne sont pas à attendre de ce comité (Trüeb, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, op.cit. [nbp. 15], p. 1026).

3.1 Art. VI AMP : spécifications techniques

Selon l'art. VI AMP, des spécifications techniques définissent les caractéristiques des produits, respectivement des prestations à acquérir ("laying down the characteristics of the products to be procured"). Les spécifications techniques ont une importance considérable dans le domaine des acquisitions écologiques. Ainsi, il est possible de poser des exigences, notamment, pour la consommation d'eau utilisée pour la production de coton même si l'impact ainsi obtenu pour l'environnement n'a aucune influence sur le coton même¹⁰⁶. Par contre, des exigences sociales, selon l'opinion dominante, ne font pas partie des conditions de production à défaut d'un lien technique avec le produit ("process and methods for their production")¹⁰⁷ au sens de l'art. VI AMP.

Cela correspond également à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Celle-ci a constaté dans la décision Max Havelaar que les conditions de travail du soumissionnaire (en tant que fournisseur) ("conditions under which the supplier acquired them from the manufacturer") ne sauraient entrer en ligne de compte en tant que spécifications techniques¹⁰⁸. Cela étant, l'on peut comprendre l'art. 42 al. 1^{er} de la

¹⁰⁶ Kunzlik, From Suspect Practice to Market-based Instrument: Policy Alignment and the Evolution of EU Law's Approach to "Green" Public Procurement, in: Public Procurement Law Review (PPLR) 2013, p. 97 ss., en part. p. 101 et p. 111; Steiner, Nachhaltige Beschaffung 2014, op. cit. [nbp. 3], p. 163. Aussi selon Trüeb, Umweltrecht in der WTO, Zurich 2001, p. 500, l'on ne présuppose pas un lien aux caractéristiques physiques du produit, ce qui fait défaut dans l'hypothèse par exemple de l'exigence, le courant doit provenir d'une source d'énergie renouvelable. Cf. en ce qui concerne la prise en considération d'exigences, qui ne laissent aucune trace dans le produit, d'avis critique Trüeb, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, op.cit. [nbp. 15], p. 1026.

¹⁰⁷ Ainsi par exemple Gaedtke, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht (ci-après : Politische Auftragsvergabe); plus ambivalent Cottier/Oesch, International Trade Regulation, Berne/Londres 2005, p. 1044. En ce sens, l'attention est attirée dans les recommandations de durabilité sur le fait que, pour des exigences sociales, il n'est pas possible, la plupart du temps, d'établir un lien avec le produit. Il en serait différemment si la perception du consommateur (en conséquence du marketing attirant l'attention sur la différence qui fait un produit fair-trade), constituerait le critère déterminant. (cf. concernant le tout Steiner, Studie, op.cit. [nbp. 3], p. 75 avec renvoi à la nbp. 322). C'est dans cette direction que vont les conclusions finales de l'avocate générale Juliane Kokott dans la cause C-368/10 du 15 décembre 2011 (ch. 110), quand elle déclare qu'un produit qui a été mis sur le marché à des conditions inéquitables « laisse un arrière-gout amer » auprès du consommateur responsable.

¹⁰⁸ Jugement dans la cause C-368/10 du 10 mai 2012, op.cit. [nbp. 29], ch. 73 ss. avec référence aux exigences «Fair-Trade» en tant que condition pour l'exécution du marché selon l'art. 26 de la directive 2004/18/EG (cf. concernant le tout Krohn/Schneider, in: Gabriel/Krohn/Neun (édit.) Handbuch des Vergaberechts, Munich 2014, p. 452, ch. 70 ad § 17, et Beyeler, Kaffee, op.cit. [nbp. 3], Remarques point 6 au début, p. 264). Par contre, par exemple, selon Burgi qui s'appuie sur les réflexions de la Cour de justice de l'Union européenne et le texte des nouvelles directives, en fin de compte, des aspects sociaux en tant que spécifications techniques, ne sont plus tabou. (Burgi, Specifications, in: Trybus/Ca-

directive 2014/24/EU, qui prévoit que les spécifications exigées « se rapportent à un processus ou à une méthode de production spécifique », selon ses termes, en ce sens que cette disposition se réfère aussi à des conditions de productions sociales et, par conséquent, elle constitue une nouvelle interprétation de l'AMP¹⁰⁹. Cette interprétation est cependant contredite par le considérant 99 de la directive 2014/24/EU, selon lequel des critères sociaux peuvent entrer en considération non seulement en tant que conditions de l'exécution du mandat, mais aussi comme critère d'adjudication, étant précisé que, si tel est le cas, il est nécessaire que cela fasse l'objet directement de la spécification de la marchandise ("such social requirements which directly characterise the product or service in question")¹¹⁰. Des exceptions sont admissibles au sens des spécifications techniques et sont mentionnées expressément aussi bien dans l'annexe VII de la directive 2014/24/EU qu'au considérant 99, comme, par exemple, des spécifications de bâtiments publics adaptés aux handicapés ou des ordinateurs accessibles au public (dans une bibliothèque)¹¹¹. En ce sens, sous considérant 76, il est précisé avec référence à l'art. 42 de la directive 2014/24/EU, sous le titre "design for all users", que les adjudicateurs non seulement sont autorisés, mais ils ont l'obligation d'indiquer les spécifications techniques définissant les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou les critères d'une conception pour tous les usagers¹¹². En l'état, il n'est pas clair si le but de cette disposition est de créer une exception justiciable au principe, selon lequel le soumissionnaire n'a pas le droit d'exiger des spécifications techniques permettant l'usage

ranta/Edelstam (édit.), *EU Public Contract Law*, Bruxelles 2014, p. 37 ss., en part. p. 55; pour le droit suisse très ouvert, concernant les spécifications techniques sociales, Beyeler, Kaffee, op.cit. [nbp. 3], remarques point 6, p. 264).

¹⁰⁹ Le rapport Tarabella, particulièrement favorable à la durabilité, ne contient tout de même pas dans l'« Explanatory Statement » concernant les spécifications techniques, une profession de foi expresse en faveur de l'inclusion des critères de production sociaux (A7-0007/ 2013 du 11 janvier 2013, p. 150 s.).

¹¹⁰ D'un autre avis, par exemple, Semple, *A Practical Guide to Public Procurement*, Oxford 2015, p. 108 ss.; elle considère que des aspects sociaux de la chaîne de livraison pourrait entrer en ligne de compte.

¹¹¹ Cf. McCrudden, *Buying Social Justice*, Oxford 2007, p. 484, et Boyle, *Disability Issues*, in: Arrow-smith/Kunzlik (édit.) *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge 2009, p. 301 ss., en part. p. 320 ss.

¹¹² Que l'on pense, par exemple, à l'indication de wagons de chemin de fer en utilisant l'écriture pour aveugles, pour signaler aux passagers s'ils montent dans un wagon de première ou de deuxième classe; cf. concernant l'équipement des CFF avec du matériel roulant adapté aux handicapés, jugement TAF A-1130/2011 du 5 mars 2012.

par des personnes handicapées, si ces spécifications vont au-delà des standards légaux minima¹¹³.

3.2 Art. VIII AMP : La qualification des soumissionnaires

3.2.1 La notion d'aptitude de l'AMP

Les critères d'aptitude indiquent les exigences auxquelles doivent répondre les fournisseurs, afin de garantir qu'ils sont à même d'exécuter l'ordre ("conditions essential to ensure the firm's capability to fulfil the contract")¹¹⁴. Les critères d'aptitude doivent avoir un lien suffisant avec l'objet du contrat, condition qui, par exemple serait réalisée, s'il était demandé à un architecte, en rapport avec la réalisation d'une construction accessible aux personnes handicapées, la preuve qu'il avait déjà préparé de tels plans. L'art. VIII lit. d AMP doit, par conséquent, être comprise en ce sens qu'une disposition est inadmissible si elle exclut l'aptitude pour un motif étranger à l'appel d'offre¹¹⁵. Ceci est, en tout cas, l'opinion clairement majoritaire concernant l'exclusion d'entreprises qui entretiennent des contacts d'affaire avec Birmanie/Myanmar¹¹⁶. Les exigences minima, étrangères à l'objet du marché, dans la mesure où elles concernent le soumissionnaire, mais ne portent pas sur son aptitude, ne peuvent être introduites dans le processus d'adjudication que sous forme de motifs d'exclusion ou sous forme de « conditions d'exécution du marché »¹¹⁷. Ainsi, par exemple, si dans l'annexe 3 de l'art. 9 OMP, sous le titre « preuve de l'aptitude », il est exigé, sous ch.6, que le soumissionnaire confirme le respect des conditions de travail, une telle déclaration doit être considérée comme la preuve de l'absence d'un motif d'exclusion¹¹⁸. Il s'ensuit aussi que l'explication dans le message concernant l'art. 11 LMP, qui énumère les motifs importants

¹¹³ Cf. à ce sujet Soudry/Hettich, op.cit. [nbp. 26], p. 77. En principe, des spécifications techniques allant au-delà du minimum légal ne peuvent pas être obtenues par des voies judiciaires. Leur fixation dépend du pouvoir d'appréciation de l'instance adjudicatrice. (Egger, *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden, ch. 1079 ; cf. concernant le droit suisse des marchés publics le jugement TAF B-3526/2013 du 20 mars 2014 c. 6.3 avec des renvois).

¹¹⁴ Art. VIII lit. b AMP 1994 respectivement art. VIII al. 1er AMP 2012; jugement TAF B-1470/2010 du 29 septembre 2010 c. 2.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, *Praxis*, op.cit. [nbp. 73], ch. 555 avec nbp. 1169 et ch. 588

¹¹⁵ Quant au rapport entre l'art. VIII et l'art. XIII al. 4 lit. a AMP 1994 cf. Gaedtke, *Politische Auftragsvergabe*, op.cit. [nbp. 107], p. 122

¹¹⁶ Arrowsmith, *Secondary Policies under the GPA*, op.cit. [nbp. 100], p. 338 avec nbp. 45

¹¹⁷ Cf. art. 26 de la directive 2004/18/CE resp. art. 70 de la directive 2014/24/EU

¹¹⁸ Cf. art. 8 al. 1 lit. b en rapport avec Art. 11 lit. d LMP

faisant apparaître le soumissionnaire comme n'étant plus apte à l'exécution du mandat, doit être comprise en ce sens que cette notion d'aptitude a une portée plus large que la notion d'aptitude selon l'art. VIII lit. b AMP¹¹⁹. C'est en ce sens, par exemple, que l'avant-projet LMP fait la distinction entre les conditions de participation (énumérant les motifs d'exclusion) et les critères d'aptitude (se rapportant à la prestation)¹²⁰.

3.2.2 L'admissibilité d'exigences étrangères à l'objet du marché

En cas de non-respect des conditions de travail prévues dans les standards minima internationaux, l'exclusion est prévue non seulement sur le plan fédéral par l'art 8 al. 1^{er} lit. b LMP, mais aussi, de lege ferenda, par l'art. 13 al. 1^{er} dans le projet AIMP, ce qui est le reflet du constat qu'il peut être déloyal qu'un soumissionnaire obtienne un avantage concurrentiel en violant des normes qui sont pas consacrées par la LCD¹²¹. Ainsi, il s'agit d'assurer l'égalité des armes en vue d'une concurrence efficace¹²². Dans la mesure où le non-respect des standards légaux minima est considéré comme un motif d'exclusion, la doctrine est, en partie, d'avis que le motif d'exclusion n'est pas étranger à l'adjudication¹²³. Cet avis n'est pas partagé ici¹²⁴, mais en tout cas, il est clair que sanctionner le non-respect des conditions de travail minima (entre soumissionnaires suisses qui sont soumis aux mêmes règles) pose, du point de vue de la logique juridique, moins de problème que la prise en considération de la formation des apprentis, étant donné qu'il n'existe pas d'obligation légale de les former.

¹¹⁹ Message 2 GATT, FF 1994 IV 960, p. 1188. Les termes utilisés dans ce contexte comme « fidélité à la loi » et « fiabilité » établissent cette acception plus étendue.

¹²⁰ art. 30 et art. 31 AP-LMP ; Les conditions de participation doivent être réalisées et établies par tous les soumissionnaires, sans distinction aucune, « indépendamment de l'objet de la prestation » (rapport explicatif AP-LMP, op.cit. [nbp. 38], p. 30 concernant art. 30 AP-LMP); cf. concernant le tout aussi ATF 140 I 285 c. 5.1 avec renvoi à Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis, op.cit. [nbp. 73], ch. 582

¹²¹ Cf. art. 7 de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241) du 19 décembre 1986 ; message 2 GATT, FF 1994 IV 960, p. 1186; rapport explicatif AP 2008, op.cit. [nbp. 1], p. 43 ; cf. concernant le tout Steiner, Studie, op.cit. [nbp. 3], p. 59

¹²² Cf. à ce sujet par exemple la décision VB.2007.00540 du Tribunal administratif du Canton de Zurich du 21 mai 2008, c. 3.6; cf. concernant l'importance de la démarche en cas d'offre particulièrement basse dans ce contexte le jugement du TAF B-1332/2013 du 12 février 2014 c. 3.3

¹²³ Cf. Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, Tübingen 2004, p. 95; Si la concurrence loyale est définie comme le but du droit des marchés publics, ceci plaide en faveur de l'opinion exprimée par Bultmann.

¹²⁴ Pour cette raison, l'exigence de respecter les normes fondamentales de l'OIT ne constitue pas, d'après la théorie du droit des marchés publics, un critère d'aptitude; cf. à ce sujet le droit allemand , OLG Düsseldorf, décision du 25 juin 2014, VII – Verg 39/13

Ceci posé, il convient d'examiner la question de l'interprétation de l'art. VIII lit. h AMP. D'après cette disposition, les lettres a-g (de l'art. VIII AMP) ne s'opposent pas à ce que le soumissionnaire soit exclu pour des déclarations inexactes, pour autant que l'exclusion soit compatible avec les dispositions de cet accord concernant le traitement national et l'obligation de non-discrimination¹²⁵. Il en est de même en ce qui concerne l'art. VIII de l'AMP 2012, qui mentionne, par exemple, dans le cadre d'une liste non exhaustive (« such as ») le non-paiement des impôts comme motif d'exclusion¹²⁶. Pour cette raison, le motif d'exclusion prévu à l'art. 11 lit.d LMP exigeant le respect des conditions de travail et l'égalité de traitement entre les salariés hommes et femmes (art. 8 lit. b et lit. c) est admissible¹²⁷. Il s'ensuit donc que l'inclusion dans le processus d'adjudication de standards légaux minima n'est pas contraire à l'art. VIII AMP. C'est en ce sens que l'art. 57 al. 4 lit. a de la directive 2014/24/EU prévoit, depuis peu, un motif d'exclusion facultatif pour non-respect des normes de travail fondamentales de l'OIT¹²⁸. La sanction peut porter non seulement sur l'exclusion ou sur la révocation de l'adjudication, mais également, en cas de travail au noir, sur l'exclusion de la possibilité d'obtenir des commandes futures, et cela pendant une durée s'étendant jusqu'à cinq ans¹²⁹. A cet égard, il y a lieu cependant de respecter le principe de la proportionnalité¹³⁰.

¹²⁵ Cf. McCrudden, *Buying Social Justice*, Oxford 2007, p. 485 s.

¹²⁶ Cf. Christian Pitschas, *Das neue WTO-Beschaffungsübereinkommen (AMP 2012)*, in: *Jahrbuch forum vergabe* 2013, p. 109 ss., en part. p. 120. Il est vrai que l'AMP « ne s'occupe pas expressément des conventions fondamentales de l'OIT" (rapport explicatif AP LMP, op.cit. [nbp. 38], p. 20 ad art. 14 al. 1 et 2 AP-LMP).

¹²⁷ Cf. Steiner, *Studie*, op.cit. [nbp. 3], p. 36 avec renvoi ; faisant la distinction entre motifs d'exclusion et le choix des entreprises les plus appropriées Egger, *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden 2008, ch. 1311

¹²⁸ Cf. à ce sujet aussi l'art. 18 al. 2 de la directive et annexe X, qui contient, en particulier, la liste des conventions fondamentales de l'OIT. En ce sens, il est exposé que le respect des conditions de travail minima constitue pour la Suisse comme pour l'Union européenne un "acquis" (rapport explicatif AP-LMP, op.cit. [nbp. 38], p. 20 ad art. 14 al. 1 et 2). Cependant, les Etats membres sont libres selon la directive 2014/24/EU de prévoir un motif d'exclusion correspondant.

¹²⁹ art. 13 al. 1 de la Loi fédérale concernant la lutte contre le travail au noir (LTN; RS 822.41) du 17 juin 2005

¹³⁰ Cf. à ce sujet la décision VB.2007.00540 du Tribunal administratif du Canton de Zurich du 21 mai 2008, c. 3.8; Zufferey/Dubey (*Ergänzungsstudie*, op.cit. [nbp. 14], p. 7) expliquent à ce sujet que, si l'exclusion est proportionnelle, elle doit être, selon l'art. 8 LMP, aussi mise en oeuvre, alors que la formulation « peut » utilisée dans la loi ne signifierait pas qu'il dépend du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur d'y procéder ou non.

3.3 Art. XIII al. 4 AMP : l'adjudication

Selon l'art. XIII al. 4 lit. b AMP, le pouvoir adjudicateur adjuge la commande au soumissionnaire qui a été reconnu capable d'exécuter le contrat et dont la soumission a été considérée comme la plus basse ou, sur la base de critères d'évaluation spécifiques, communiqués dans l'avis ou dans l'appel d'offre, comme étant la plus avantageuse ("most advantageous")¹³¹. Sur la base de la jurisprudence cantonale concernant la formation des apprentis¹³², comme sur la base de la décision Max Havelaar de la Cour de justice de l'Union européenne concernant le critère d'adjudication « Fair-Trade »¹³³, il peut être constaté qu'il n'est pas inadmissible, dans le cadre de l'évaluation de l'offre la plus avantageuse, d'utiliser partiellement des critères étrangers à l'objet du marché¹³⁴. Ce résultat correspond aussi à l'avis exprimé ici ; l'exigence, selon laquelle aucun critère d'évaluation ne saurait être étranger à l'objet du marché, est en contradiction avec l'idée que l'AMP ne veut que poser des standards minima¹³⁵. En ce sens, Pünder estime que cela résulterait déjà de la notion de "most advantageous tender"¹³⁶. De même, Odendahl explique que la catégorie des critères d'adjudication est la plus accessible à des critères sans lien avec l'objet de

¹³¹ McCrudden part en principe de l'idée que l'offre la plus avantageuse ne doit pas être nécessairement l'offre la plus avantageuse économiquement (Buying Social Justice, Oxford 2007, p. 487).

¹³² Cf. chapitre II point 2 p. 16 s. supra, avec renvoi à la jurisprudence du Tribunal administratif du Canton de Zurich et AGVE 2001, 342 ss. en part. c. 1c/bb/aaa p. 344 ss.

¹³³ Jugement de la Cour de justice de l'Union européenne dans la cause 368/10 du 10 mai 2012, op.cit. [nbp. 29], en part. ch. 91; aussi le nouveau droit des directives, ne remet pas en question l'exigence du lien avec l'objet de la commande (cf. ch. 108 du jugement cité et à ce sujet Steiner, Gütesiegel für ökologische Produktion und Max Havelaar-Label für Fortgeschrittene: Der EuGH und die nachhaltige Beschaffung (ci-après: Gütesiegel), in: ELR 2012, p. 130 ss., en part. p. 136); cf. à ce sujet en ce qui concerne art. 67 al. 2 lit. a de la directive 2014/24/EU d'une façon détaillée le chapitre VII/4 infra

¹³⁴ Ainsi déjà (avant le prononcé de la décision Max Havelaar) aussi Gaedtko, Politische Auftragsvergabe, op.cit. [nbp. 107], p. 123

¹³⁵ Cf. à ce sujet chapitre IV/2 supra ainsi que Arrowsmith, Secondary Policies under the GPA, op.cit. [nbp. 100], p. 343 s. avec référence à la circonstance que des critères d'adjudication étrangers aux marchés publics se révèlent en règle générale moins restrictifs pour les marchés que d'autres formes de la prise en considération de "secondary policies". Ainsi, par exemple les "conditions for performance of contracts" peuvent être équivalentes dans leurs effets à un motif d'exclusion. En ce sens, le fait que les conditions pour l'exécution du marché sont considérées selon art. 26 de la directive 2004/18/CE, respectivement selon art. 70 de la directive 2014/24/EU, comme conformes à l'AMP, devrait permettre, en se basant sur un raisonnement in majore minus, de considérer aussi, sous certaines conditions, les critères d'adjudication étrangers aux marchés publics comme conformes à l'AMP.

¹³⁶ Pünder, Völkerrechtliche Vorgaben für das öffentliche Beschaffungswesen, en particulier au Government Procurement Agreement, in: Müller-Wrede (édit.), Kompendium des Vergaberechts, 2ème édition, Cologne 2013, p. 71 ss., p. 88

l'appel d'offre¹³⁷. Il existe, dès lors, une certaine latitude pour une notion économique orientée au bien public (« *gemeinwohlorientierter Wirtschaftlichkeitsbegriff* »)¹³⁸. Cette interprétation de l'AMP correspond à l'idée que, contrairement au droit classique de l'OMC, dans le contexte des marchés publics une certaine marge de manœuvre est admissible concernant les conditions de production, étant donné que (contrairement à une interdiction d'importation) l'Etat laisse la demande privée au marché, c'est-à-dire renonce à une réglementation, et définit seulement, mais tout de même les règles pour sa propre consommation (« *consumer choice* »)¹³⁹. Cela signifie, dès lors, qu'il n'existe pas d'obligation de droit international de ne tenir compte de la formation des apprentis qu'en présence d'offres parfaitement équivalentes (cf. à ce sujet art. 39 al. 5 AP-LMP 2008)¹⁴⁰. Ceci est en tout cas valable sous la prémisse (hypothétique) que tous les Etats signataires de l'AMP aient un système de formation comparable. Cependant, l'art. XIII al. 4 AMP doit être, par mesure de précaution, interprété en ce sens que la disposition concernant la pondération des critères n'est pas de nature purement formelle. Ceci a pour conséquence que l'art. XIII AMP peut être violé si le critère de la formation des apprentis obtient, en comparaison du prix, une pondération exagérée¹⁴¹; ainsi, la

¹³⁷ Odendahl, Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien im öffentlichen Auftragswesen, in: *EuZW* 2004, p. 647 ss., en part. p. 651; d'un autre avis, à titre d'exemple, Kunnert, *WTO-Vergaberecht*, Baden-Baden 1998, p. 275. La Commission de l'Union européenne s'est ralliée à ce point de vue, en indiquant dans le Livre vert (avant le prononcé du jugement Max Havelaar de la Cour de justice de l'Union européenne) que le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse serait le plus approprié pour poursuivre également d'autres buts politiques (Livre vert concernant la modernisation de la politique européenne dans le domaine des marchés publics, Com [2011] 15 final., p. 42 question 70).

¹³⁸ Beckmann, *Sekundärzwecke*, in: *Kompendium des Vergaberechts*, op.cit. [nbp. 40], p. 437

¹³⁹ Dans cette mesure, il convient même de partir d'une *lex specialis* concernant les spécifications protégeant l'environnement (art. VI AMP) (cf. Sue Arrowsmith/Peter Kunzlik (édit.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge 2009, p. 21 ss., ainsi que Steiner, *Nachhaltige Beschaffung* 2014, op.cit. [nbp. 3], p. 162

¹⁴⁰ Le Conseil fédéral est expressément d'un avis opposé à la motion Galladé concernant la formation des apprentis en tant que critère d'adjudication de marchés publics (04.3061); d'après cet avis, les critères mentionnés dans la loi zurichoise et argovienne des marchés publics ne devraient pas être appliqués dans le domaine de l'AMP parce qu'elles violent l'art. XIII AMP (en ce sens déjà, en substance, Stöckli, *Baurecht* 2/2000, p. 59, remarque concernant les décisions S17 et S18; par contre, continuant à rejeter ce critère Stöckli, *Baurecht* 2/2008, p. 97, remarque concernant les S18-S20).

¹⁴¹ Cf. à ce sujet concernant le droit européen des marchés publics Steiner, *Gütesiegel*, op.cit. [nbp. 126], p. 136; d'un autre avis Beyeler, *Kaffee*, op.cit. [nbp. 3], remarque 4, p. 263 s., étant précisé qu'il est fait une réserve quant à la question de savoir quelle peut être la pondération des critères écologiques et sociaux ensemble. Cette position concernant la pondération correspond à l'opinion de Beyeler, selon laquelle les aspects «Fair-Trade» ne sont pas étrangers à l'objet de l'appel d'offre et peuvent être utilisés également comme des spécifications techniques, ce qui, comme cela a été démontré, n'est pas conforme à l'AMP (cf. à ce sujet aussi le chapitre IV/3.1 supra). La précaution postulée ici concernant la pondération se rapporte dans ce contexte à des aspects dont l'admissibilité, comme spécification technique, est

jurisprudence des tribunaux administratifs cantonaux concernant la formation des apprentis¹⁴² doit être comprise comme une interprétation de l'art. XIII al. 4 AMP - sans que cela n'implique l'indication d'un pourcentage de pondération précis à ce sujet¹⁴³.

V. Le non-respect des conditions de travail, en particulier des normes fondamentales OIT, en tant que motif d'exclusion

1. Les conditions de travail selon l'art. 8 al. 1^{er} lit. b LMP

L'art. 8 LMP porte le titre „Principes“ (de procédure ; « Verfahrensgrundsätze »); par contre, l'art. 14 de l'avant-projet LMP règle séparément les conditions de protection des travailleurs et les conditions de travail. Selon l'art. 8 al. 1^{er} lit. b LMP (cf. à cet égard aussi, pour les acquisitions cantonales l'art. 11 lit. d AIMP, respectivement art. 13 P-AIMP), l'adjudicateur adjuge les marchés publics en Suisse seulement à un soumissionnaire garantissant le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail. Font partie des conditions de travail, selon l'art. 7 al. 1^{er} OMP, les conditions, qui figurent dans les conventions collectives et les contrats-type de travail ou, lorsque ceux-ci font défaut, les conditions de travail habituelles dans la région et dans la profession¹⁴⁴. Selon l'art. 6 al. 5 OMP, l'adjudicateur peut prévoir, au moment de la conclusion du contrat, des peines conventionnelles, afin d'assurer le respect des principes (de procédure) selon l'art. 8 LMP. Selon l'art. 12 al. 3 de l'avant-projet OMP, l'adjudicateur oblige contractuellement le soumissionnaire de respecter les dispositions concernant la protection des travailleurs et les conditions de travail ainsi que les dispositions portant sur l'égalité de traitement des salariés hommes et femmes. Le soumissionnaire doit obliger contractuellement les sous-traitants de respecter les mêmes obligations. Afin d'assurer le respect de ces obligations, le pouvoir

discutable. Pour ce motif, la conclusion à une pondération de 45% pour des aspects écologiques, pour arriver à 45% de pondération pour des aspects « Fair-Trade » ne va pas de soi (cf. à ce sujet la décision de la Cour de justice de l'Union européenne dans la cause cf. C-448/01 du 4 décembre 2013 EVN/Wienstrom, ch. 42 s.).

¹⁴² Cf. à ce sujet chapitre III/3

¹⁴³ Il s'ensuit que la réponse à la question de savoir si le but politique recherché peut être obtenu par d'autres moyens d'une façon plus efficace sur le plan économique ne dépend pas du résultat de l'interprétation de l'art. XIII al. 4 AMP, mais est une décision de politique juridique du législateur suisse (cf. à ce sujet concernant le tout par exemple Fetz, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, opt.ct. [nbp. 48], p. 497 s.).

¹⁴⁴ Cf. concernant la balance entre le principe du lieu de la prestation et le principe du lieu d'origine selon le nouveau projet LMP, le rapport explicatif AP-LMP op.cit. [nbp. 37], p. 20 ad art. 14 AP-LMP

adjudicateur prévoit au moment de la conclusion du contrat des peines conventionnelles. Dans le rapport explicatif concernant l'avant-projet OMP (p. 8 ad art. 12 al. 3 AP LMP), l'attention est attirée sur la responsabilité solidaire du soumissionnaire, dans le secteur principal et secondaire de la construction, pour le respect des salaires minimaux et des conditions de travail offerts par le sous-traitant selon l'art. 5 de la Loi sur les travailleurs détachés¹⁴⁵.

2. La fabrication de produits à l'étranger et le détachement de travailleurs

Les prestations de travail fournies à l'étranger ne sont pas expressément mentionnées par la disposition actuellement (encore) applicable (art. 8 LMP). Dans le cadre du message 2 GATT, il est précisé qu'une règle qui exigerait pour la production à l'étranger le respect des standards suisses « serait considérée comme discriminatoire »¹⁴⁶. La phrase contenue dans le message indiquant que le respect de la protection des travailleurs, des conditions de travail et de l'égalité de traitement entre travailleurs hommes et femmes « devraient être, avant tout (en rapport) avec des soumissionnaires étrangers convenues, pour le surplus, contractuellement »¹⁴⁷, peut être comprise, d'une part, en ce sens que le motif d'exclusion et le système des peines conventionnelles devraient se compléter pour les prestations fournies en Suisse. D'autre part, l'on peut y entrevoir l'intention de définir également pour les prestations fournies à l'étranger certains standards élémentaires. Entretemps, l'art. 8 LMP est complété, en tant que mesure d'accompagnement aux traités bilatéraux, par la Loi fédérale sur les travailleurs détachés¹⁴⁸. Selon l'art. 2 al. 1^{er} de cette loi, les employeurs doivent garantir aux travailleurs des conditions de travail et de rémunération prévues dans les lois fédérales, dans les ordonnances du Conseil fédéral, dans les conventions de travail collectives rendues obligatoires et dans les contrats-type de travail au sens de l'art.

¹⁴⁵ Cf. à ce sujet déjà art. 25 al. 3 AP LMP 2008; l'Union syndicale suisse entend, après comme avant, ancrer la limitation de la chaîne des sous-traitants dans la loi (consultation concernant P-AIMP du 19 décembre 2014, p. 5 ad art. 33 P-AIMP).

¹⁴⁶ Message 2 GATT, FF 1994 IV 960, p. 1186

¹⁴⁷ Message 2 GATT, FF 1994 IV 960, p. 1186 s.

¹⁴⁸ Cf. Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et au contrôle des salaires minimales prévus dans les contrats-types en Suisse du 8 octobre 1999 (RS 823.20)

360a CO¹⁴⁹. A cet égard, la Suisse est considérée comme le lieu de la prestation. Des sanctions ne sont pas seulement possibles pour non-respect des conditions de travail¹⁵⁰, mais aussi pour fausses indications du soumissionnaire à l'égard de l'adjudicateur¹⁵¹.

3. Les normes fondamentales de l'OIT en tant que conditions minima dans le domaine des conditions de travail pour des produits fabriqués à l'étranger

Il est incontesté que pour la fabrication de marchandises à l'étranger (par exemple pour des textiles en provenance de Thaïlande), qui sont livrés en Suisse, le lieu de la prestation est le pays de la production. Il en résulte selon le rapport explicatif concernant l'avant-projet LMP 2008 que c'est le droit étranger qui doit être respecté. Si le droit applicable au lieu de la prestation pose des conditions inférieures aux règles des normes fondamentales de l'OIT (« ILO Core Labour Standards »), il était prévu déjà aux termes de l'avant-projet LMP (art. 25 al. 3 phrase 2 AP LMP), et il est prévu aux termes de l'art. 7 al. 2 OMP, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2010, qu'au moins ces conventions doivent être respectées¹⁵². De lege ferenda, les normes fondamentales de l'OIT doivent être définies par la Confédération et les cantons comme des standards minima dont le non-respect est considéré comme un motif d'exclusion¹⁵³. Ceci présuppose que la nature juridique des normes fondamentales de l'OIT soit telle qu'on peut en exiger le respect au moins dans tous les Etats membres de l'OIT, voire dans la meilleure des hypothèses, partout à travers le monde. A ce sujet, il

¹⁴⁹ Cf. concernant le tout Wyler, Les conditions de travail, la libre circulation et le détachement des travailleurs, in: Zufferey/Stöckli (édit.), *Aktuelles Vergaberecht 2008*, Zurich 2008, p. 247 ss., en part. p. 259 ss.

¹⁵⁰ Les peines conventionnelles convenues concernant le non-respect des conditions de travail doivent être comprises, en cas de doute, en ce sens que seulement les violations dans le cadre des rapports contractuels tombent sous le coup de la peine (Jugement du Tribunal d'appel du Canton de Berne du 4 août 2010 c. 4.6)

¹⁵¹ Cf. à ce sujet arrêts du Tribunal fédéral 2C_315/2013 du 18 septembre 2014 et du Tribunal administratif de Lucerne V 11 91/92 du 16 juin 2011 (LGVE 2011 II no. 3)

¹⁵² Rapport explicatif AP LMP 2008, op.cit. [nbp. 1], p. 44. Selon § 84 de la Loi fédérale autrichienne sur les marchés publics du 31 janvier 2006 sont à respecter, pour le surplus, les conventions OIT no 94, 95 et 183.

¹⁵³ Cf. à ce sujet, d'une façon détaillée, le chapitre V/5 infra

convient de relever que les normes fondamentales de l'OIT ¹⁵⁴ contiennent des standards minima concernant les aspects de la liberté d'association et du droit à des négociations collectives, la suppression du travail forcé, l'abolition du travail des enfants ainsi que l'interdiction de discrimination dans le travail et dans la profession. Par conséquent, l'affirmation, selon laquelle il peut être demandé à tous les soumissionnaires produisant dans les Etats, ayant ratifié ces conventions fondamentales, de respecter ces standards minima, ne pose, d'entrée de cause, aucun problème. Cependant, les membres de l'OIT ont fait un pas supplémentaire. Avec la déclaration concernant les principes et droits fondamentaux dans le cadre du travail et ses mesures subséquentes ¹⁵⁵ l'OIT « a opposé, sur le plan global, un socle social minimum aux réalités de la globalisation » ¹⁵⁶. Dans le cadre de cette déclaration, d'une part, il a été clarifié quelles sont celles des 180 conventions qui ont un caractère fondamental ¹⁵⁷. D'autre part, la déclaration a relevé que les 183 Etats membres, même s'ils n'ont pas ratifié les conventions concernées, en raison de leur seule appartenance à l'OIT, ont l'obligation de favoriser et de réaliser, de bonne foi, les principes concernant les droits fondamentaux faisant l'objet des conventions fondamentales ¹⁵⁸. Ainsi les normes correspondantes sont plus que du droit international (conventionnel ; « Völkervertragsrecht »). L'interdiction du travail forcé, dont la mise en œuvre se heurte toujours à des difficultés, constitue entretemps, du point de vue du droit international, du jus cogens ¹⁵⁹. Concernant l'interdiction des pires formes du travail des enfants,

¹⁵⁴ Contenant la convention no 29 sur l'abolition du travail forcé ou obligatoire, la convention no 105 sur l'abolition du travail forcé, la convention no 87 sur la liberté d'association, la convention no 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, la convention no 11 concernant la discrimination (emploi et profession), la convention no 138 sur l'âge minimum ainsi que la convention no 182 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants : cf. www.ilo.org/public/german/region/eurpro/bonn/kernarbeitsnormen/index.htm et Brupbacher, *Fundamentale Arbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation* (ci-après: *Fundamentale Arbeitsnormen*), Berne 2002, p. 12 ss.

¹⁵⁵ FF 2000 292; accepté par la Conférence internationale sur le travail lors de sa 86^{ème} session à Genève du 18 juin 1998; il est expressément renvoyé à cette déclaration au regard de l'art. 14 al.1^{er} AP-LMP (rapport explicatif AP-LMP, op.cit. [nbp. 38], p. 20 ad 14 al. 1 et 2 AP-LMP).

¹⁵⁶ Hansenne, présentation à la nbp. 160 de la déclaration en question sur le homepage OIT (cf. nbp. 154); cf. OIT standards comme sujet des G20, en particulier "Votum der Schweiz für soziale Mindestnormen", NZZ du 24 mai 2011, p. 23

¹⁵⁷ Brupbacher, *Fundamentale Arbeitsnormen*, op.cit. [nbp. 154], p. 11 et p. 22. Les conventions correspondantes sont listées à la nouvelle annexe 2a de l'OMP (RO 2009 6169); cf. ad art. 7 al. 2 OMP, respectivement art. 14 al. 1 AP-LMP le chapitre V/4 f. infra

¹⁵⁸ Addo, *Core Labour Standards and International Trade*, Berlin/Heidelberg 2015, p. 105 ss.; cf. à ce sujet la réponse du Conseil fédéral du 5 septembre 2001 à la motion, transféré comme postulat 01.3362 Christian Grobet du 21 juin 2001 concernant Clean Clothes Campaign.

¹⁵⁹ Brupbacher, *Fundamentale Arbeitsnormen*, op.cit. [nbp.154], p. 14; cf. à ce sujet la possibilité d'un "state practice" à cet égard dans le sens d'un droit coutumier international Addo, op.cit. [nbp. 158], p. 117

Brupbacher utilise aussi bien la qualification du droit international coutumier que celle du jus cogens¹⁶⁰. L'on peut, dès lors, partir de l'idée qu'il peut être exigé le respect des normes fondamentales, tout au moins en ce qui concerne le travail forcé et le travail des enfants, dans tous les Etats membres de l'OIT, et cela non seulement de la part des Etats, mais aussi de la part des soumissionnaires qui y produisent. Sur la base de ce qui précède, le risque juridique d'exiger régulièrement des soumissionnaires de respecter les standards minima de l'OIT, est négligeable. Par ailleurs, le droit de l'Union européenne des marchés publics part du même principe dans le considérant 33 de la directive 2004/18/CE en indiquant qu'il est possible de demander, en tant que condition, le respect des points essentiels des conventions fondamentales de l'OIT, même si celles-ci n'ont pas été transposées au niveau du droit national¹⁶¹. Ceci est a fortiori valable pour les motifs d'exclusion facultatifs selon l'art. 57 al. 4 de la directive 2014/24/EU.

4. Le non-respect des normes fondamentales de l'OIT en tant que motif d'exclusion selon le droit des marchés publics en vigueur de la Confédération

Le fait que le respect des conventions fondamentales de l'OIT puisse être exigé, ne signifie pas automatiquement qu'il serait nécessaire ou possible de menacer les soumissionnaires de l'exclusion ou de la révocation de l'adjudication dans l'hypothèse de leur non-respect¹⁶². Ceci nécessite une base légale. Une telle base légale existe pour les conditions de travail à l'art. 8 al. 1^{er} lit. b LMP (ceci contrairement, par exemple, à la législation relative à la protection de l'environnement sur la plan fédéral de lege lata¹⁶³). Dans la Loi fédérale sur les travailleurs détachés, le même objectif a été encore une fois souligné en vue du contexte plus large. Il s'ensuit, selon l'avis exprimé ici, que la menace d'exclusion pour non-respect des

¹⁶⁰ Brupbacher, *Fundamentale Arbeitsnormen*, op.cit. [nbp. 154], p. 16

¹⁶¹ Cf. le considérant correspondant 44 de la directive 2004/17/CE Arrowsmith/Maund, *CSR in the utilities sector*, in: *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, op.cit. [nbp. 111], p. 436 ss., en particulier p. 448

¹⁶² Cf. à ce sujet, par exemple, Ziekow, *Faires Beschaffungswesen*, op.cit. [nbp. 4], p. 15 s. et p. 28 ; concernant la qualité de norme fondamentale des conventions OIT et les intérêts publics légitimes qui en résultent pour limiter d'autres droits fondamentaux cf. Ziekow, op.cit. [nbp. 4], p. 28

¹⁶³ Cf. à ce sujet, *Studie*, op.cit [nbp. 3], p. 59, ainsi que les recommandations de durabilité, op. cit. [nbp. 20], p. 5. De lege ferenda, il était prévu que l'art. 25 al. 1er lit. d AP-LMP contiendrait un titre d'exclusion correspondant; ce qui n'est cependant valable ni pour l'AP-LMP ni pour P-AIMP (à ce sujet, d'une façon critique Steiner, *Nachhaltige Beschaffung 2014*, op.cit. [nbp. 3], p. 154 s.).

conventions fondamentales de l'OIT peut s'appuyer, selon une interprétation contemporaine, sur l'art. 8 al. 1^{er} lit. b LMP en rapport avec l'art. 11 lit. d LMP. En effet, les minima de l'OIT sont au service du but visé par l'art. 8 LMP. Il s'agit d'empêcher, par le biais de l'introduction d'un motif d'exclusion et en tenant compte des conséquences de la globalisation, que certains soumissionnaires par le non-respect des standards minima dans le domaine des conditions de travail, obtiennent des avantages concurrentiels et que l'Etat en profite. Si la Confédération se comportait différemment, elle remettrait en question les obligations qu'elle avait contractées, en tant que membre de l'OIT¹⁶⁴. Pour le surplus, les avantages concurrentiels qui résultent pour l'entreprise produisant en Thaïlande, grâce à des conditions de travail différentes, ne doit pas être plus grand que la différence entre les standards suisses et les standards garantis dans les conditions fondamentales de l'OIT¹⁶⁵. En ce sens, la prise en considération des dispositions fondamentales de l'OIT, prévoyant des standards minima, dans le cadre des marchés publics, présuppose une base légale. Cependant, en ce qui concerne le degré de précision de la norme, il suffit que les conditions de travail soient mentionnées à l'art. 8 al. 1^{er} lit. b LMP ; une référence explicite aux conventions fondamentales de l'OIT n'est pas nécessaire dans la loi régissant les marchés publics¹⁶⁶. Partant de cette idée, le Conseil fédéral a adopté le 18 novembre 2009 l'art. 7 al. 2 OMP, en tant que révision

¹⁶⁴ Cf. concernant le rôle particulièrement actif de la Suisse dans le cadre de l'OIT, la réponse du Conseil fédéral du 5 septembre 2001 au postulat, transféré comme motion, de Christian Grobet 01.3362 du 21 juin 2001 concernant Clean Clothes Campaign

¹⁶⁵ Le même argument est également applicable concernant les lois en vigueur au lieu de production régissant les conditions de travail. Pour cette raison, le rapport explicatif de AP-LMP 2008, op.cit. [nbp. 1], p. 44 part de l'idée que ces conditions sont non seulement à respecter, mais que leur non-respect de lege ferenda peut conduire à l'exclusion (cf. en ce sens la réponse du Conseil fédérale du 28 septembre 2007 à la motion 07.3540 Vreni Müller-Hemmi/Evi Allemann du 22 juin 2007). Concernant la constellation similaire en cas de non-respect de la législation relative à la protection de l'environnement au lieu de production Steiner, Studie, op.cit. [nbp. 3], p. 61 s.

¹⁶⁶ L'avis contraire pourrait s'appuyer sur le motif que les standards minimaux OIT, en tant que motif d'exclusion dans le domaine des marchés publics, ne sont pas incontestés sur le plan politique (cf. à ce sujet, par exemple, le traitement de la motion 06.3850 Evi Allemann concernant les conventions fondamentales OIT dans le domaine des marchés publics du 20 décembre 2006 ou la discussion du Grand conseil zurichois du 20 août 2009 au sujet de la motion Julia Gerber et alii relative à la prise en considération des conventions fondamentales OIT du 2 avril 2007). Au sujet de cet argument, le Conseil fédéral souligne dans son rapport explicatif portant sur la modification de l'OMP (op.cit. [nbp. 22], p. 7 concernant le nouvel art. 7 al. 2 OMP), que la modification correspondante a trouvé, lors de la mise en consultation de l'AP-LMP 2008 une approbation unanime. L'introduction de dispositions, qui sont restées dans une large mesure incontestées, mais qui contribuent à la clarification «de certains états de fait», même si elles ne favorisent pas ou seulement indirectement la conjoncture, correspond à la stratégie adoptée par le gouvernement concernant l'intégralité de la modification de l'ordonnance (Rapport explicatif concernant la modification de l'OMP, p. 4).

partielle, de facto, de la LMP¹⁶⁷. Selon cette disposition, le soumissionnaire doit garantir au moins le respect des conventions fondamentales de l'OIT si la prestation est fournie à l'étranger¹⁶⁸.

Des questions juridiques se posent aussi dans le cadre de la mise en oeuvre : la Cour de justice de l'Union européenne a précisé dans le cadre de l'examen de la conformité de critères d'adjudication par rapport au droit des marchés publics, que les critères d'adjudication ne sont admissibles que dans la mesure où ils sont accessibles à un contrôle et à une évaluation¹⁶⁹, alors que les standards minima comme motif d'exclusion peuvent être non pas juridiquement, mais (seulement) politiquement remis en question, en soutenant que leur mise en œuvre et leur contrôle se révéleraient difficiles¹⁷⁰. La nature de la preuve demandée est cependant liée au fonctionnement pratique du contrôle¹⁷¹. En tout état de cause, si certains certificats sont considérés comme présentant une preuve suffisante, d'autres preuves doivent être aussi possibles¹⁷². L'exclusion prévue dans l'hypothèse du non-respect des normes fondamentales de l'OIT doit être communiquée au soumissionnaire dans le cadre de l'appel d'offre¹⁷³. Pour le surplus, le principe de la proportionnalité doit être respecté¹⁷⁴. Beyeler recommande aux instances adjudicatrices de prévoir le non-respect des conventions fondamentales de l'OIT comme un motif

¹⁶⁷ Concernant la question du degré hiérarchique de la norme, le gouvernement indique dans son rapport explicatif relatif à la modification de l'OMP (p. 7 concernant le nouvel art. 7 al. 2 OMP) qu'il serait souhaitable d'introduire cette disposition, au niveau de la loi, dans le cadre de la révision envisagée de la LMP ; cf. concernant le tout Steiner, *Nachhaltige Beschaffung 2014*, op.cit. [nbp. 3], p. 152 s.

¹⁶⁸ Pour le surplus, les standards minimaux sont à respecter dans le pays de production ce qui est exprimé par les termes «au moins le respect des conventions fondamentales »; il n'est pas indiqué si le non-respect de ces normes entraîne également l'exclusion du soumissionnaire.

¹⁶⁹ Vgl. Steiner, *Studie*, op.cit. [nbp. 3], p. 47 avec des références, concernant le même problème relatif à la description de l'objet du marché cf. à titre d'exemple, *Weltwirtschaft, Ökologie & Entwicklung e.V. (édit.), Buy IT fair, Leitfaden zur Beschaffung von Computern nach sozialen und ökologischen Kriterien (ci-après : Buy IT fair)*, Berlin 2009, p. 23

¹⁷⁰ Cf. concernant la mise en oeuvre d'audits, les recommandations de durabilité, op.cit. [nbp. 20], en particulier p. 16 s.

¹⁷¹ Cf. concernant la prise en considération de la proportionnalité des exigences correspondantes formulées à l'égard des entreprises, à titre d'exemple Ziekow, *Faires Beschaffungswesen*, op.cit. [nbp. 4], p. 29

¹⁷² Cf. à titre d'exemple *Buy IT fair*, op.cit. [nbp. 169], p. 25

¹⁷³ Cf. Ziekow, *Faires Beschaffungswesen*, op.cit. [nbp. 4], p. 25 s., ainsi que les recommandations de durabilité, op.cit. [nbp. 20], p.11; concernant le caractère indéterminé de la notion de conditions de travail dans ce contexte cf. *Buy IT fair*, op.cit. [nbp. 169], p. 21

¹⁷⁴ Ainsi, par exemple, il n'est pas possible d'exclure, d'une façon générale, l'achat de pierres naturelles en Inde avec la motivation que, là-bas, plusieurs violations des normes fondamentales OIT ont été constatées.

contractuel de dissolution du contrat¹⁷⁵. Sous l'angle juridique, le fait que l'autorité d'adjudication demande des audits au Bangladesh et influe sur les conditions de production à l'étranger, ne pose aucun problème parce qu'elle n'accomplit pas cet acte (contrairement à une interdiction d'importation *jure imperii* en tant que réglementation extraterritoriale de la production et du commerce), mais *jure gestionis*, dans son rôle comme consommatrice¹⁷⁶.

Selon l'art. 6 al. 1^{er} lit. b LMP, les sous-traitants et les fournisseurs, à qui l'exécution de la commande est déléguée par le soumissionnaire, doivent être contractuellement obligés par ce dernier de respecter les principes de procédure prévus par l'art. 8 al. 1^{er} lit. b LMP. Inspiré par cette disposition, les recommandations de la Commission des achats prévoient d'impliquer les sous-traitants et les fournisseurs également dans le respect des conventions fondamentales de l'OIT¹⁷⁷, étant précisé que le contrôle devrait se limiter, pour des motifs d'économie administrative, à des tiers importants qui exécutent une partie considérable de la commande¹⁷⁸. Le non-respect des conventions fondamentales de l'OIT par des tiers importants peut, selon le concept des recommandations, entraîner des sanctions également à l'égard du soumissionnaire principal¹⁷⁹.

5. Les conventions fondamentales de l'OIT de *lege ferenda* et "living wages"¹⁸⁰

¹⁷⁵ Baurecht 2010, p. 106 avec la remarque qu'une modification correspondante de l'art. 6 Al. 1er OMP a été manifestement oubliée. Cf. concernant la garantie des peines conventionnelles prévues et de la possibilité de la dissolution du contrat, les recommandations de durabilité, op.cit. [nbp. 20], p. 14 s., en particulier concernant le point « formulation des Conditions générales »

¹⁷⁶ Cf. Steiner, Nachhaltige Beschaffung 2014, op.cit. [nbp. 3], p. 153 ; aboutissant au même résultat sous l'angle du droit pénal, le bref avis de droit de Hans Vest du 25 mai 2011: Il s'agit en fait non pas d'actes *jure imperii*, mais « d'actes *jure gestionis* d'institutions étatiques ».

¹⁷⁷ Cf. à ce sujet, à titre d'exemple, les instructions concernant le respect des conventions fondamentales de l'OIT dans le cadre des marchés publics du Département des constructions, du trafic et de la forêt des Grisons du 22 avril 2010 avec des modifications correspondantes de la feuille d'autodéclaration

¹⁷⁸ Les recommandations de durabilité, op.cit. [nbp. 20], p. 10, étant précisé qu'il est désigné comme un tiers important celui qui est actif dans un domaine particulièrement exposé aux risques.

¹⁷⁹ Recommandations de durabilité, op.cit. [nbp. 20], p. 14 s.

¹⁸⁰ Le sujet "living wages" n'a pas été traité sur le plan scientifique de la même façon que les autres aspects traités dans le présent document de travail. Par conséquent, les développements suivants sont à considérer avec réserve. Des réflexions plus approfondies dépasseraient nécessairement le cadre de ce document de travail. Le projet l'AIMP ne prévoit pas de base légale pour la prise en considération de "living wages" ; cf. concernant les critères d'adjudication sociaux selon les travaux préparatoires, le chapitre I/2.2 supra in fine.

Dans le cadre de la révision du droit des marchés publics, d'une part, la réglementation prévue à l'art. 7 al. 2 OMP est ancrée dans la loi (art. 14 al. 1^{er} AP LMP)¹⁸¹. D'autre part, le droit des marchés publics intercantonal est également harmonisé (art 13 al. 1 P-AIMP), étant par ailleurs expressément souligné que les soumissionnaires doivent obliger également les sous-traitants de respecter ces exigences¹⁸². Les normes de travail fondamentales OIT sont listées dans des annexes séparées, auxquelles il est renvoyé¹⁸³. De la même façon, le nouveau droit des directives de l'Union européenne prévoit que le non-respect des normes de travail fondamentales de l'OIT constitue un motif facultatif d'exclusion¹⁸⁴. Cela faisant, il ne s'agit pas seulement de la finalité d'une globalisation « à visage humain ». Il s'agit en même temps de mettre à la disposition des instances d'adjudication un instrument tout à fait pragmatique destiné à gérer les risques de réputation, afin d'éviter les dommages à la réputation les plus importants. Si ces dispositions deviennent loi, la question de la base légale suffisante ne se posera même plus pour le droit intercantonal¹⁸⁵. Cette réglementation expresse permet également la conclusion inverse, selon laquelle, à défaut d'une disposition légale aussi de lege ferenda, il ne sera pas possible de procéder à l'exclusion de soumissionnaires fautifs en vue « des exigences supplémentaires nécessaires à la mise en œuvre des conditions de travail humaines » . Ceci est valable, d'une part, pour les conventions OIT « ordinaires », dans la mesure où l'Etat, dans lequel la production s'effectue, n'a pas ratifié ces conventions. Il en est de même, d'autre part, concernant les soi-disant « living

¹⁸¹ Dans le rapport explicatif AP-LMP, il est indiqué que le respect des standards de travail et des standards sociaux minima a rencontré, en raison des abus dans les entreprises de production, une attention accrue au cours des dernières années (op.cit. [nbp. 38], p. 20 ad art. 14 al. 1 et 2 LMP; cf. concernant le contexte politique à titre d'exemple la motion 12.3693 [Pardini] du 12 septembre 2012 "Beschaffung von Armasuisse. Einhaltung von ILO-Kernarbeitsnormen").

¹⁸² A ce sujet, le législateur attire l'attention sur le fait que déjà aujourd'hui la pratique de beaucoup de cantons exige le respect des conditions fondamentales OIT (cf. rapport explicatif P-AIMP op.cit. [nbp. 37], p. 21. s. ad art. 13 al. 1 et 2 P-AIMP).

¹⁸³ Annexe 4 à AP-LMP (ad art. 14 al. 1 AP LMP) respectivement annexe 3 à P-AIMP

¹⁸⁴ Art. 57 al. 4 lit. a de la directive 2014/24/EU (cf. d'une façon détaillée et en particulier concernant la conformité à l'AMP le chapitre IV/3.2.2 supra).

¹⁸⁵ Cf. concernant le droit en vigueur (art. 7 al. 2 OMP) le chapitre V/4 supra

wages ». Il convient, en effet, de partir de l'idée que certains Etats, compte tenu de la concurrence globale, fixent leurs salaires minima à un niveau tellement bas, comparé aux minimums d'existence réels – sans pour autant il soit affirmé ici qu'il existe une définition valable pour ceux-ci – qu'ils ne peuvent pas être considérés comme suffisants. Il en résulte, dès lors, un risque de réputation pour l'instance adjudicatrice¹⁸⁶. Cela provoque une incitation à exiger, lors de l'adjudication de marchés publics dans certains pays (limitée à certains secteurs particulièrement exposés aux risques comme par exemple la production de textiles), des salaires minima correspondant plutôt « au minimum d'existence réel » ou de prévoir des avantages d'évaluation en cas de paiement de salaires dépassant le minimum légal¹⁸⁷. Il en résulte, par rapport à l'AMP, la question de la conformité au droit de telles exigences¹⁸⁸. Plus ces exigences sont élevées, plus elles sont perçues comme des mesures ayant un but protectionniste¹⁸⁹. En ce sens, la finalité de l'art. 8 al. 1^{er} lit. b LMP était de prévoir une réglementation n'ayant aucune « apparence d'une mesure discriminatoire »¹⁹⁰. Manifestement, il serait inadmissible au regard de l'AMP, d'exiger le paiement de salaires correspondants au salaire minimum en Suisse dans les pays membres de l'AMP. Dans le même sens, la Cour de Justice de l'Union européenne, dans sa décision du 18 septembre 2014, a critiqué, du point de vue du droit des marchés publics européen, la condition, selon laquelle le soumissionnaire devait exiger de ses sous-traitants le paiement de salaires correspondants au

¹⁸⁶ Ceci est valable par exemple pour la production de textile en Macédoine.

¹⁸⁷ Si des exigences directes doivent être formulées, un motif d'exclusion ou une condition contractuelle entrent en ligne de compte (comparable à cet égard à l'art.70 de la directive 2014/24/EU). A titre alternatif, il serait concevable de prendre en considération le paiement de "living wages" dans le cadre des critères d'attribution comme un avantage d'appréciation au sens de l'art. 21 al. 1^{er} LMP (cf. à ce sujet mutatis mutandis l'état de fait de l'ATF 140 I 285; avantage d'appréciation en cas de rémunération plus élevée pour le personnel de nettoyage). Contre le motif d'exclusion plaide probablement la circonstance que les "living wages" ne sont pas dans le pays de production les standards légaux minimaux.

¹⁸⁸ Cf. à ce sujet Buy IT fair, op.cit. [nbp. 169], p. 14. Ici, l'on liste d'autres conventions OIT que celles mentionnées au § 84 de la Loi fédérale autrichienne concernant les marchés publics 2006 (cf. nbp. 152 supra).

¹⁸⁹ Cf. concernant les standards dans le domaine du droit des travailleurs, à titre d'exemple, Christoph Eisenring, Amerikas neuer Protektionismus, NZZ du 13 avril 2010, p. 27

¹⁹⁰ Message 2 GATT, op.cit. [nbp. 6], p. 1186

salaires minimum en Allemagne, alors que la prestation de service devait selon le concept du soumissionnaire être fournie par un sous-traitant en Pologne¹⁹¹. Avant d'entreprendre des démarches judiciaires, le soumissionnaire a attiré l'attention de l'instance adjudicatrice sur le fait que des salaires correspondants au salaire minimum en Allemagne n'étaient pas usuels en Pologne, compte tenu des conditions de vie dans ce pays. Cette constatation n'est cependant pas la fin des débats. En effet, contrairement à une interdiction d'importation générale pour les textiles, sans la garantie d'un « living wage », qui concerne aussi des consommateurs privés, il est possible d'argumenter que l'AMP laisse une marge de manœuvre plus importante pour le choix du consommateur public concernant les exigences de « living wage ». Ceci est valable, de toute façon à l'égard des pays non membres de l'AMP. Il est en tout cas recommandable que des exigences de « living wage » ne dépassent que modérément, et en tenant compte des conditions de vie réelles, le salaire minimum légal, respectivement les salaires usuels dans la branche. D'une façon similaire, la Cour de Justice de l'Union européenne a procédé, concernant le droit des marchés publics de l'Union européenne, à un examen de la proportionnalité¹⁹². Le but d'assurer un salaire approprié était certainement légitime. Cependant, il convenait de laisser aux pays producteurs la possibilité de tirer un avantage concurrentiel de la différence de revenus. Pour le surplus, une exigence de salaire doit avoir un rapport avec le coût de la vie qui peut être constaté dans le pays de production¹⁹³.

VI. Les standards d'égalité entre femmes et hommes dans le cadre du droit des marchés publics

¹⁹¹ Jugement dans la cause C-549/13 Bundesdruckerei GmbH c/ Stadt Dortmund du 18 septembre 2014, en particulier ch. 36 ; cf. à ce sujet, par exemple, Caranta, CMLR 2015, p. 391 ss., en part. p. 401

¹⁹² De trop grandes différences de salaire (provoquées par les exigences de l'adjudicateur) dans la même branche ne sont pas sans poser des problèmes sur le plan économique et pratique. Ceci est reconnu, par exemple, par Semple ; elle soulève cependant la question de savoir, si pour ce motif il n'est pas possible d'émettre des exigences au-delà de la commande adjudgée. Par ce biais, cependant, l'on abandonnerait l'exigence, valable aussi bien pour l'ancien droit européen des marchés publics que pour le nouveau droit, à savoir : "link to the subject-matter of the contract" (cf. à ce sujet, d'une façon détaillée le chapitre VII/4 infra) (Semple, Practical Guide, op.cit. [nbp. 108], p. 200 s.).

¹⁹³ Jugement dans la cause C-549/13, op.cit. [nbp.191], ch. 34

Selon l'art. 8 al. 1^{er} lit. c LMP (cf. à cet égard, les exigences cantonales art. 11 lit. f AIMP), l'adjudicateur adjuge le marché pour les prestations fournies en Suisse seulement aux soumissionnaires qui assurent l'égalité de traitement salarial entre hommes et femmes¹⁹⁴. Aussi, ce principe (de procédure) constitue, en cas de non-respect, un motif d'exclusion au sens de l'art. 11 lit. d LMP. Dans le cadre de la consultation concernant la Loi fédérale sur les marchés publics¹⁹⁵, la Commission fédérale pour les questions féminines a attiré l'attention sur l'importance des peines conventionnelles pour assurer la mise en œuvre de l'égalité salariale. Pour le surplus, elle regrette qu'il ne soit pas vérifié comment les informations concernant les entreprises sont traitées, qui ne respectent pas l'égalité salariale et d'autres exigences légales¹⁹⁶. Ainsi, une procédure unifiée de la Confédération et des cantons à l'égard des entreprises fautives est empêchée¹⁹⁷. Enfin, le problème principal serait la mise en œuvre¹⁹⁸. Cela faisant, il est parti de la prémisse que les instances adjudicatrices – à moins de recevoir des informations pertinentes de l'extérieur, qui, si elles deviennent publiques, peuvent conduire à des risques de réputation – n'ont ni des incitations, ni des plans de procédure, ni des ressources, ni know-how pour vérifier les questions de l'égalité salariale. La Commission fédérale pour les questions féminines a proposé, dès lors, de désigner, sur le plan fédéral, le Bureau fédéral pour l'égalité, comme instance de contrôle disposant des ressources nécessaires¹⁹⁹. Selon l'art. 31 al. 1^{er} Org-OMP²⁰⁰,

¹⁹⁴ Sur la base de la direction de la protection découlant de la convention OIT no 100 (et également de la convention no 111), il existe ici un recoupement avec les conditions de travail. En ce sens, l'art. 8 al. 1^{er} lit. c LMP sert également de base légale pour le respect des conventions fondamentales en tant que motif d'exclusion.

¹⁹⁵ Questions au féminin 2.2008, p. 142 s.

¹⁹⁶ Cf. rapport explicatif AP-LMP 2008, op.cit. [nbp. 3], p. 45

¹⁹⁷ Cf. à ce sujet l'art. 13 al. 3 LTN (cf. nbp. 128)

¹⁹⁸ Cf. l'instrumentaire développé par le Büro BASS (bureau pour le travail et la sécurité sociale) pour contrôler l'égalité des salaires Marianne Geisser et Sajeela R. Schmid, Aufträge der öffentlichen Hand verlangen Lohngleichheit, in: La vie économique, 1^{er} septembre 2005

¹⁹⁹ Questions au féminin 2.2008, p. 142 s.; concernant la fréquence des contrôles par échantillon, la réponse à la question 13.5606 (Isabelle Moret) du 4 décembre 2013, selon laquelle le Bureau fédéral pour l'égalité vérifie 3 sur 30'000 entreprises qui reçoivent une commande publique par année. Le 1^{er} mai 2013, le Conseil fédéral a décidé une augmentation des moyens destinés à la lutte contre la discrimination salariale (<http://www.ebg.ad-min.ch/doku-mentation/00068/00548/00560/index.html?lang=de>, consulté la dernière fois le 18 mai 2015; cf. aussi les buts du Conseil fédéral 2015, tome II, DFI, but 8 [<http://www.bk.admin.ch/dokumentation/publikationen/00290/00928/index.html?lang=de>, consulté la dernière fois le 18 mai 2015].

²⁰⁰ Ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale du 24 octobre 2012 (RS 172.056.12)

le Bureau fédéral pour l'égalité conseille, si nécessaire, les instances adjudicatrices centrales et les offices, définissant les besoins, pour les questions concernant l'égalité salariale entre hommes et femmes²⁰¹. L'art. 14 al. 3 AP LMP, qui prévoit que le soumissionnaire doit prouver le respect de la protection des travailleurs et des conditions de travail, doit être compris en ce sens que le contrôle de l'égalité de traitement salarial entre hommes et femmes peut être effectué par le pouvoir adjudicateur ou peut être délégué à une autorité prévue par une loi spéciale, respectivement à une instance appropriée, c'est-à-dire en particulier, au Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes²⁰². Plus les efforts correspondants sont sérieux, plus l'égalité salariale dans le secteur public sera au centre des débats, afin d'éviter des incohérences (« Wertungswidersprüche »)²⁰³. La prise en considération de l'amélioration des conditions d'emploi et de la promotion des femmes, dépassant les standards minima en tant que critère d'évaluation des offres, comparable à la formation des apprentis, n'est cependant guère discutée en Suisse.

VII. Les aspects étrangers à l'objet de l'appel d'offre de lege lata et de lege ferenda / la prise en considération de critères sociaux, en particulier de standards « Fair-Trade » dans le cadre de l'évaluation de l'offre

1. Le point de départ

Ni la Confédération ni les cantons ne connaissent, à l'heure actuelle, une norme comparable à l'art. 70 la directive 2014/24/EU (respectivement à l'art. 26 de la directive 2004/18/CE), qui règle la prise en considération des aspects sociaux sans lien avec la prestation « comme conditions d'exécution du marché ». Par conséquent, il y a lieu d'examiner, si le droit applicable connaît un critère sans lien avec la prestation, objet de

²⁰¹ Cf. concernant le tout le Rapport infras "Evaluation des contrôles des marchés publics" du 15 août 2011 (<http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00012/00194/00205/index.html?lang=de>, consulté la dernière fois le 18 mai 2015).

²⁰² art. 12 al. 4 AP OMP; rapport explicatif AP-LMP, op.cit. [nbp. 38], p. 20 ad art. 14 al. 3 AP-LMP; cf. concernant le tout aussi la motion 14.4307 (Isabelle Moret) du 12 décembre 2014 « Soumissionnaires dans les marchés publics. Prouver le respect de l'égalité des salaires. »

²⁰³ Communiqué de presse du 19 janvier 2015 "Réunion nationale pour favoriser l'égalité salariale dans le secteur public" (<http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00068/00646/00648/index.html?lang=de>, consulté la dernière fois le 3 mai 2015)

l'adjudication, qui couvrirait le standard « Fair-Trade » permettant de le prendre en considération à côté des critères d'adjudication classiques en déterminant l'offre économiquement la plus avantageuse. Zufferey et Dubey exigent de lege ferenda que les lois suisses des marchés publics s'expriment avec plus de précision sur les critères sans rapport avec la prestation faisant l'objet de l'adjudication dans la mesure où de tels critères entrent en ligne de considération. Cela concernerait, en particulier, l'AIMP²⁰⁴. Cette idée est, cependant, également déterminante pour la révision en cours des marchés publics. En raison de son importance, sous l'angle de lege ferenda, il devrait être clairement défini quels sont les critères sans lien avec l'objet de l'adjudication qu'il y a lieu de prendre en considération²⁰⁵.

2. La prise en considération d'aspects "Fair-Trade" selon le droit des marchés publics en vigueur de la Confédération

Le Tribunal fédéral précise que, selon sa jurisprudence, la prise en considération de critères sociaux ou environnementaux "qui n'ont pas de lien direct avec les prestations objets du marché en cause" n'est pas exclue, "dès lors que ceux-ci sont prévus par une *disposition légale*"²⁰⁶. Selon le droit des marchés publics en vigueur de la Confédération, l'évaluation plus favorable de soi-disant produits « Fair-Trade », dans le cadre de l'adjudication (à l'instar de ce qui se passe avec la prise en considération de la formation des apprentis), est tout aussi peu admissible que « des conditions d'exécution du marché » en dehors du concept prévu par l'art. 21 LMP²⁰⁷. L'art. 27 al. 3 LMP, en vigueur entre janvier 2010 et

²⁰⁴ Zufferey/Dubey, Ergänzungsstudie, op.cit. [nbp. 14], p. 18

²⁰⁵ Steiner, Sekundärziele, op.cit. [nbp. 54], p. 386. Pour cette raison, il y a lieu de faire preuve de prudence dans l'utilisation de clauses générales pour des aspects étrangers à l'appel d'offre. Une telle clause devrait pour le moins être suffisamment concrétisée dans le cadre des travaux préparatoires (cf. à ce sujet, d'une façon moins restrictive, Zufferey/Dubey, Ergänzungsstudie, op.cit. [nbp. 14], p. 19). A titre d'exemple, cf. à ce sujet, § 19 al. 6 de la Loi fédérale autrichienne sur les marchés publics du 31 janvier 2006. Selon cette disposition, dans le cadre de la procédure d'adjudication, il est possible de prendre en considération l'occupation de femmes, de personnes en formation, de chômeurs de longue durée, de personnes avec un handicap, ainsi que de travailleurs âgés, ainsi que d'autres mesures destinées à la réalisation de buts à caractère de politique social.

²⁰⁶ ATF 140 I 285 c. 7.1 (mise en évidence par le Tribunal fédéral) avec référence à Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, p. 204 ss.

²⁰⁷ Cf. à ce sujet le chapitre II point 2 p. 16 f. supra ; d'un avis différent probablement Beyeler, Kaffee, op.cit. [nbp. 3], remarque 4, p. 263 s. Déjà dans le cadre de la mise en consultation de l'AP-LMP 2008, concernant la révision totale de la LMP, plusieurs participants ont exprimé le désir que la nouvelle LMP fasse état, mis à part la formation des apprentis, devenue entre-temps partie de la loi, d'autres

mars 2015, prévoyait certes²⁰⁸ qu'en cas d'équivalence des offres de deux soumissionnaires suisses, « pour faire pencher la balance »²⁰⁹, il pouvait être prise en considération, dans quelle mesure les soumissionnaires offraient des « places de formation »²¹⁰. Cela signifie, a contrario, que du point de vue du Conseil fédéral, des critères qui n'ont pas de lien direct avec les prestations du marché en cause, en tant que critère d'adjudication, comme par exemple « la formation des apprentis », respectivement « places de formations », ne sont pas voulus²¹¹. Le fait que le critère d'adjudication de la « durabilité » ait été ancré dans l'ordonnance, à savoir à l'art. 27 al. 2 OMP, selon l'avis exprimé ici, n'y change rien. La modification de cette ordonnance en tant qu'engagement clair par le gouvernement en faveur des marchés publics durables peut paraître souhaitable sous l'angle de la politique juridique. Sous l'angle de la cohérence juridique de la démarche, elle doit être jugée, par contre, avec une certaine précaution. Conformément à ce qui précède, d'une part, il est indiqué dans les explications du Conseil fédéral que celui-ci, dans le sens d'une déclaration stratégique, favorise une pratique d'acquisition durable²¹².

critères d'une façon explicite : émissions liées aux trajets de transport, développement durable, compatibilité sociale (rapport concernant le résultat de la procédure de consultation du 18 novembre 2009, p. 24 ad art. 32 AP-LMP). A l'heure actuelle, sur la base du jugement Max Havelaar de la Cour de justice de l'Union européenne, des critères d'adjudication sociaux, mais aussi des "living wages" font l'objet des débats (cf. à ce sujet aussi chapitre V/5 supra).

²⁰⁸ Cf. à ce sujet aussi art. 39 al. 5 AP LMP

²⁰⁹ Recommandations de durabilité de la Commission des achats de la Confédération, version initiale 2010, p. 14

²¹⁰ Sous l'angle des places de formation, selon le rapport explicatif concernant la modification de l'OMP du 18 novembre 2009, op.cit. [nbp. 22], p. 21 ad art. 27 al. 3 OMP, il est possible de prendre en compte des places de stage ou des places de doctorant.

²¹¹ Cf. à ce sujet, le rapport explicatif concernant la modification de l'OMP du 18 novembre 2009, op.cit. [nbp. 22], p. 21 ad art. 27 al. 3 OMP : «La prise en considération du nombre de places de formation à disposition ne saurait servir, par contre, ni comme critère d'aptitude, ni comme critère d'adjudication, étant donné que, de cette manière, l'on confondrait les critères se rapportant à l'objet de l'appel d'offre et les critères étrangers à l'objet de l'appel d'offre, Un tel mélange limiterait la concurrence et déformerait la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse.» Ainsi textuellement le rapport explicatif concernant l'AP-LMP 2008, op.cit. [nbp. 1], p. 55 ad art. 39 al. 5 AP LMP. Lutz (art. 32 et 39 s. AP-LMP : Critères d'adjudication et leur appréciation, in: Baurecht 2008, p. 194) critique la norme comme « une solution peu convaincante ». Selon Lutz, cela signifierait, de facto, un nouveau critère d'adjudication. Si tel était le cas, il estime qu'il serait plus correct de mentionner le critère avec une pondération maximale. Cf. concernant le tout aussi nbp. 157 infra. Cette discussion est dépassée par la mention expresse à l'art. 21 al. 1^{er} LMP dans sa version du 26 septembre 2014. En ce sens, plusieurs participants à la procédure de consultation ont exigé dans le cadre de l'AP-LMP 2008 que la formation des apprentis soit prise en considération en cas « d'offres approximativement équivalentes » (avant-projet de la révision totale de la Loi fédérale sur les marchés publics (AP-LMP). Résumé des prises de position du 9 août 2009, p. 209 s.).

²¹² En fait, il s'agit d'une annonce programmatique comme l'on en trouve dans un article destiné à définir le but (cf. à ce sujet le but de la durabilité dans l'AP-LMP et du P-AIMP et à ce sujet d'une façon détaillée, le chapitre II/2 supra).

D'autre part, il est admis d'une façon un peu voilée que, nonobstant la référence à la haute importance du critère de la durabilité sous l'angle économique, social et écologique, cette modification, sur le plan juridique, ne permet rien ce qui n'était déjà pas possible auparavant²¹³. Si une telle modification était voulue, c'est la loi sur les marchés publics elle-même qui devrait être modifiée²¹⁴. De lege lata, ce sont des critères comme le « coût » (y compris le coût pendant la durée de vie de l'objet) et « le caractère écologique » (« Umweltverträglichkeit ») qui sont déterminants pour la question de savoir, ce qu'il faut entendre, au niveau de l'ordonnance, par le terme « durabilité »²¹⁵. Le fait que les critères d'adjudication ne soient pas énumérés d'une façon exhaustive à l'art. 21 LMP n'est pertinent que pour les critères qui ne sont pas étrangers à l'objet de la prestation, et qui, par conséquent, n'ont pas besoin d'une base légale formelle²¹⁶.

3. La prise en considération d'aspects « Fair-Trade » selon le droit des marchés publics cantonal et intercantonal

En ce qui concerne le droit intercantonal, il est intéressant d'observer que l'art. 32 des directives d'exécution révisées relatives à l'Accord intercantonal sur les marchés publics ne mentionne plus, comme critère d'adjudication, la « compatibilité avec l'environnement » (« Ökologie »), mais le « développement durable »²¹⁷. Cela implique probablement un élargissement de la perspective aussi en direction des aspects sociaux.

²¹³ Rapport explicatif concernant la modification de l'OMP du 18 novembre 2009, op.cit. [nbp. 22], p. 21 ad art. 27 al. 2 OMP. Les recommandations de durabilité op.cit. [nbp. 20], p. 17, partent également de cette idée que les aspects sociaux ne comportent pas, en règle générale, un lien suffisant avec l'objet de l'appel d'offre.

²¹⁴ Il résulte de la mise en consultation de l'AP-LMP que la prise en considération des aspects sociaux n'est pas seulement dans le domaine des conditions de travail très controversée – même si le sujet « Fair-Trade » n'a pas été spécifiquement thématiqué. La prise en considération de la formation des apprentis au sens de l'art. 27 al. 3 OMP, respectivement de l'art. 39 al. 5 AP-LMP, dans l'hypothèse d'offres équivalentes, a été critiquée avec l'argument que cette nouveauté conduirait à la prise en considération d'aspects relevant de la politique sociale, étrangers à l'objet de l'appel d'offre, sans lien avec le rapport prestation-prix (rapport concernant les résultats de la procédure de consultation du 18 novembre 2009, p.6).

²¹⁵ Pour ce motif Beyeler critique la qualité de la modification légale et l'utilité du critère d'adjudication « durabilité », Beyeler, Die revidierte VöB - ein Kurzkommentar, in: Baurecht 2010, p. 106 ss., en part. p. 111

²¹⁶ D'un avis différent Beyeler, Kaffee, op.cit. [nbp. 3], remarque 4 in fine, p. 264

²¹⁷ Cf. à ce sujet, notamment, Ganz, Nachhaltigkeit: eine Herausforderung auch für Bauwirtschaft und Baugewerbe, in: PBG aktuell 1/2003, p. 5 ss.

Cependant, les directives d'adjudication dans les marchés publics ne suffisent pas comme base légale cantonale – à cet égard la situation est comparable au droit des marchés publics de la Confédération. Celui qui entend tenir compte d'aspects sociaux dans le cadre de l'adjudication, doit soit établir l'existence d'une base légale dans l'AIMP, soit d'en créer une au niveau cantonal. C'est qui s'est produit, par exemple, au § 33 de l'Ordonnance zurichoise sur les soumissions du 23 juillet 2003. Il y a donc lieu de déterminer, par voie d'interprétation, quelle est la notion de durabilité qui est à la base de cette disposition²¹⁸. A ce sujet, selon la proposition du Conseil d'Etat du 23 juillet 2003, cette définition doit s'orienter aux normes de droit supérieures, en particulier, aux principes découlant de l'art. 73 de la Constitution fédérale. Cette dernière disposition est, par son but, fortement orientée vers l'écologie, ce qui signifie que l'aspect écologique, en particulier, par rapport aux aspects sociaux, est placé plus en avant que, par exemple, à l'art. 2 CF, qui est « l'article de but » de la Confédération et qui, à son alinéa 2, fait état d'une notion de durabilité large, incluant aussi la dimension sociale²¹⁹. Dans les accords commerciaux internationaux, la Confédération a pour but d'intégrer des standards environnementaux et sociaux élémentaires²²⁰. Ceci se fait, parce que l'on sait que des standards sociaux minima constituent la condition préalable pour permettre la mise en œuvre de standards environnementaux. Cependant, ceci n'est pas vrai concernant les standards sociaux bien plus élevés à l'intérieur de la Suisse. Cela signifie que la notion de durabilité, selon le droit des marchés publics zurichois, d'après les travaux préparatoires concernant son adoption, ne constitue pas une base légale pour améliorer l'évaluation d'entreprises qui ont une position exemplaire dans le cadre de l'égalité de traitement entre hommes et femmes^{220a}. Par conséquent, le critère de la formation des apprentis est mentionné séparément. Dans un cas idéal, les travaux préparatoires de l'adoption d'une loi devraient contenir plus de renseignements relatifs aux questions

²¹⁸ Cf. concernant l'historique juridique de la durabilité Klippel/Otto, *Nachhaltigkeit und Begriffsgeschichte*, in: Wolfgang Kahl (édit.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen 2008, p. 39 ss.

²¹⁹ Ehrenzeller, in: *St. Galler BV-Kommentar*, op.cit. [nbp. 48], ch. 20 ad art. 2 CF, et Mader, *Die Sozial- und Umweltverfassung*, op.cit. [nbp. 19], p. 703 s. cf. concernant le tout, le chapitre I/2.2 in fine

²²⁰ En ce sens, l'art. 101 CF doit être mis en rapport avec l'art. 54 al. 2 CF. Cf. à ce sujet le chapitre concernant la durabilité dans le rapport de la politique extérieure et dans les messages concernant les conventions économiques ainsi que le rapport sur les mesures de tarif douanier 2009 du 13 janvier 2010 (FF 2010 479, en part. p. 493 ss.) ; cf. à ce sujet aussi le chapitre « Durabilité, matières premières et politique climatique » dans le Rapport de la politique économique extérieure 2014 du 15 janvier 2015, p. 74 ss.

^{220a} Jugement du Tribunal administratif du canton du Zurich VB.2012.00055 du 20 juillet 2012 c. 5

d'une telle importance sur le plan politique, pour savoir quelle compréhension de la notion de durabilité doit être considérée comme pertinente.

4. Aspects sociaux et en particulier aspects "Fair-Trade" de lege ferenda

De lege ferenda, il y a lieu d'apprécier d'une façon différenciée, en fonction de la forme choisie, la conformité avec l'AMP de la prise en considération d'aspects étrangers à la prestation, dont des aspects sociaux. Une marge de manœuvre est offerte surtout par la catégorie des critères d'adjudication²²¹. Cependant, même dans la cadre de l'art. 26 de la directive 2004/18/CE, respectivement à l'art. 70 de la directive 2014/24/EU, il est exigé, en principe, qu'il existe un lien avec l'objet de la soumission²²². Cette exigence a été expressément maintenue par le Parlement européen, nonobstant les postulats contraires d'organisations non gouvernementales²²³. Cela reflète la conviction, selon laquelle « des programmes de rééducation des entrepreneurs » (« Unternehmererziehungsprogramm ») ne font pas partie du droit des marchés publics²²⁴. Celui qui, par exemple, ne veut acheter des produits « Fair-Trade » qu'auprès d'une entreprise, dont la palette de productions est composée uniquement des produits « Fair-Trade »²²⁵, poursuit un but trop politique (« zu viel politische Steuerung ») par rapport aux buts primaires du droit des marchés

²²¹ Cf. à ce sujet le chapitre IV/3.3 supra

²²² Le considérant 97 de la directive 2014/24/EU; Egger, *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden 2008, ch. 1314; cf. § 97 al. 4 de la loi allemande contre les limitations de concurrence (GWB) dans la version du 19 décembre 2008, sous forme de Loi concernant la modernisation des marchés publics (*Bundesgesetzblatt* 2009 I p. 790 ss.). Ce lien doit être compris dans un sens plus large que le lien classique et étroit avec une prestation comme il est prévu dans le droit européen avec les critères d'adjudication. L'adjudicateur peut exiger un certain comportement pendant l'exécution de la commande, même si l'entreprise a, sur le marché, par ailleurs, un comportement différent (BT-Drucksache 16/10117 du 13 août 2008, p. 16, concernant § 97 al. 4 GWB).

²²³ Résolution du Parlement européen du 25 octobre 2011 concernant la modernisation dans le domaine des marchés publics (JO. C 131 E du 8 mai 2013, p. 25 ss.), ch. 18, cf. concernant le tout Steiner, *Sekundärzwecke*, op.cit. [nbp. 54], p. 5)

²²⁴ Beyeler, *Kaffee*, op.cit. [nbp. 3], remarque 7 p. 264

²²⁵ Cas d'école modifié selon l'expression de Sue Arrowsmith, qui désigne une clause comme inadmissible, selon laquelle les soumissionnaires ne doivent pas détenir des actions dans l'industrie du tabac ; dans le même sens, concernant le droit des marchés publics européen, le jugement de la Cour de justice de l'Union européenne dans la cause C-368/10 du 10 mai 2012, op.cit. [nbp. 29], ch. 108; cf. concernant les barrières similaires pour les critères d'adjudication écologiques Steiner, *Studie*, op.cit. [nbp. 3], p. 47 avec renvoi à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

publics²²⁶. Par contre, il est tout à fait concevable, d'après l'avis exprimé ici, pour autant qu'il existe une base légale^{226a}, qu'en cas d'achat de jus de fruit usuels du marché, dont les fruits proviennent de pays en voie de développement, le soumissionnaire qui applique les conditions « Fair-Trade »²²⁷ bénéficie d'un avantage d'évaluation (encore que d'une pondération modérée)²²⁸. Ceci est a fortiori vrai, sous l'angle du droit comparé depuis le prononcé de la décision Max Havelaar de la Cour de justice européenne le 10 mai 2012 et en tenant compte de l'art. 67 al. 2 lit. a de la directive 2014/24/EU, selon laquelle, peuvent faire partie des critères d'adjudication, notamment, des « caractéristiques sociales, environnementales et innovantes »²²⁹. En ce sens, Poltier estime que cette solution de la Cour de justice "devrait pouvoir être transposé en droit suisse"²³⁰. Clerc s'exprime aussi en estimant, que, de son point de vue, une interdiction totale (« une interdiction per se absolue ») de critères sociaux (ou écologique) n'est pas justifiée²³¹. Le Tribunal fédéral expose à ce sujet

²²⁶ De lege lata, le droit économique constitutionnel et les principes des marchés publics posent certaines limites à l'introduction de critères étrangers à l'objet de l'appel d'offre, indépendamment de la question de la base légale (cf. Zufferey/Dubey, *Ergänzungsstudie*, op.cit. [nbp. 14], p. 19). Le législateur allemand part cependant de l'idée que la formation des apprentis, la favorisation de la quote-part des femmes dans des positions dirigeantes ainsi que l'occupation générale de chômeurs de longue durée peuvent être formulées comme condition pour l'exécution du mandat pour autant qu'elles s'appuient sur une loi fédérale ou sur la législation d'un Etat en tenant compte du principe de la proportionnalité (BT-Drucksache 16/10117 du 13 août 2008, p. 16 s., concernant § 97 al. 4 GWB, après le jugement Max Havelaar et la réforme des directives, la décision du cabinet allemand concernant "Les points angulaires de la réforme du droit des marchés publics" du 7 janvier 2015 semble particulièrement favorable à la durabilité).

^{226a} ATF 140 I 285 c. 7.1

²²⁷ Cf. à ce sujet le chapitre III/3 et IV/3.3 supra

²²⁸ Cf. à ce sujet à titre de politique juridique comparée le rapport de la Commission du Parlement européen du marché intérieur et de la protection des consommateurs au sujet de nouveaux développements dans les marchés publics du 10 mai 2010, par lequel le Parlement européen est invité à renouveler, entre autres, son exigence relative à l'application de critères sociaux, par exemple, dans l'élaboration de directives constructives pour les marchés publics selon les principes du commerce équitable (op.cit., p. 13). Le PE a accepté le rapport du 18 mai 2010 ; la résolution correspondante porte le numéro de document P7 TA (2010)0173. Cette direction a été confirmée par le Parlement européen par la résolution du 25 octobre 2011 (cf. nbp 223 supra).

²²⁹ Cf. concernant le contexte politique la question 14.5148 (Tiana Angelina Moser) du 12 mars 2014 ; à ce sujet, Mme la Conseillère fédérale Widmer-Schlumpf. le 17 mars 2014, a déclaré au Conseil national: « La procédure de consultation concernant le projet de la Loi fédérale sur les marchés publics est ouverte [...]. Dans ce cadre, nous aurons l'occasion d'examiner si les nouvelles directives de l'Union européenne nous incitent à adapter le projet. »

²³⁰ Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, p. 208

²³¹ Clerc, in: Martenet/Bovet/Tercier (édit.), *Droit de la concurrence*, 2ème édition Bâle 2013, ch. 131 ad art. 5 LMI avec référence à l'avis antérieur différent du Secrétariat de la Commission de la concurrence à l'égard des critères sociaux. Opinion a fortiori négative Trüeb, qui articule des réserves déjà à l'égard des critères écologiques, pourtant majoritairement acceptés. (Trüeb, *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, op.cit. [nbp. 15], p. 1026)

que le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse en tant qu'objectif (contrairement à la question qui se réfère « seulement » au prix le plus bas) offre à l'adjudicateur une marge de manœuvre par l'énumération non exhaustive des critères d'adjudication, comme le prévoit § 33 de l'Ordonnance zurichoise sur les marchés publics, comme le prévoit aussi l'art. 21 LMP²³². Si dans le cadre de l'acquisition écologique, il est possible de tenir compte des aspects qui n'ont pas un impact direct sur l'objet de l'adjudication, mais ont un effet globalement positif sur l'environnement²³³, cela signifie que des aspects „Fair-Trade » peuvent aussi entrer en ligne de compte dans la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse. Cela faisant, il convient de veiller à la transparence des conditions à remplir, afin d'obtenir un avantage dans l'appréciation de l'offre²³⁴. Dans le cadre de l'utilisation du label, il y a lieu, pour le surplus, d'admettre la preuve de l'équivalence. En conclusion finale, il conviendra de retenir l'argument suivant: Si la prise en considération de la formation des apprentis – sous la prémisse (hypothétique) que tous les Etats membres de l'AMP aient un système de formation comparable – et à condition qu'il existe une base légale suffisante, est conforme à l'AMP, ce qui est le cas, selon l'avis exprimé ici²³⁵, alors il est possible d'accorder dans les mêmes conditions, un avantage au soumissionnaire dans l'évaluation de son offre pour le respect d'aspects sociaux, notamment des exigences « Fair-Trade ».

VIII. Conclusion

En résumé, il est constant que, d'une part, la durabilité, de lege ferenda, est définie comme partie intégrante du but de l'économicité et, par conséquent, fait partie des buts de la réglementation des marchés publics. Ceci ne soulève pas d'opposition, compte tenu, en particulier, du concept qui considère la durabilité comme partie de l'économicité. Les éventuels

²³² ATF 138 I 143 c. 4.2 ("Public Voting"); le Tribunal administratif du Canton de Zurich a, par contre, rejeté le critère du "Public Voting" comme étranger à l'objet. Cf. concernant la notion de l'offre économiquement la plus avantageuse orientée à la concurrence qualitative qui est la condition préalable des marchés publics durables, d'une façon détaillée Steiner, *Nachhaltige Beschaffung* 2014, op.cit. [nbp. 3], p. 165 ss.

²³³ ATF 140 I 285 c. 7.2 avec référence à Galli/Moser/Lang/Steiner, op.cit. [nbp. 73], ch. 839 p. 373

²³⁴ Cf. notamment la prise de position du Conseil fédéral critiquant le manque de précision de la notion "Fair-Trade" du 31 octobre 2012 en réponse à la motion 12.3693 (Pardini) du 12 septembre 2012

²³⁵ Cf. chapitre IV/4.3

conflits de buts peuvent être solutionnés par des méthodes éprouvées²³⁶. En ce qui concerne les standards sociaux minima, déjà sur la base du droit actuel (art. 8 al. 1 lit. b LMP concernant les conditions de travail en rapport avec l'art. 7 al. 2 OMP, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2010), les instances adjudicatrices de la Confédération avaient le droit de définir le non-respect des normes fondamentales de l'OIT comme motif d'exclusion²³⁷. De lege ferenda, ce standard minimum sera valable, dans l'optique d'une harmonisation, également pour les cantons, s'appuyant sur l'art. 13 al. 1^{er} P-AIMP. Sur le plan fédéral comme aussi sur le plan cantonal, il sera nouvellement exigé que les soumissionnaires obligent les sous-traitants de respecter les mêmes devoirs, ce qui jusqu'à présent n'était qu'une recommandation²³⁸. En ce qui concerne le critère d'adjudication de « la formation des apprentis », ancré jusqu'à présent seulement dans la législation de quelques cantons et auquel l'administration fédérale s'est longtemps opposée, il dispose à présent d'une base dans la loi, par la nouvelle formulation de l'art. 21 al. 1^{er} LMP, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2015²³⁹. L'AIMP sera aussi modifié dans le sens d'une harmonisation à l'art. 31 al. 2 P-AIMP. Pour ce qui concerne les autres aspects sociaux, en particulier les aspects « Fair-Trade », le critère d'adjudication « développement durable », prévu sur le plan fédéral au niveau de l'ordonnance depuis le 1^{er} janvier 2010, ne permet pas, de lege lata, d'après l'avis exprimé ici, que des aspects sociaux bénéficient d'avantages dans la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse²⁴⁰. Par contre, la logique de la décision Max Havelaar, respectivement celle des nouvelles directives EU, de lege ferenda, ne s'oppose pas à la prise en considération des aspects « Fair-Trade » en tant que critère d'adjudication²⁴¹.

Sur la base de ce qui précède, le législateur fédéral dispose, dans le cadre de la révision du droit des marchés publics, des options suivantes : Premièrement, la renonciation expresse à la prise en considération de critères sociaux²⁴², dans la mesure où ils vont au-delà des normes

²³⁶ Cf. chapitre II/2

²³⁷ Cf. le chapitre V/4

²³⁸ Art. 14 al. 1 AP dernière phrase LMP est exactement identique à l'art. 13 al. 1^{er} dernière phrase P-AIMP ; concernant le tout cf. le chapitre V/5 supra

²³⁹ Cf. concernant le tout le chapitre III/2

²⁴⁰ Cf. concernant l'art. 27 al. 2 OMP le chapitre VII/2

²⁴¹ Cf. à ce sujet le chapitre VII/4

²⁴² Le concept de la prise en considération de critères étrangers à l'objet de l'appel d'offre seulement en cas d'offres équivalentes est, sur la plan politique, en raison de l'historique de l'art. 27 a. 3 OMP, probablement plus défendable (art. 27 al. 3 OMP dans sa version du 18 novembre 2009 concernant la formation des apprentis n'est, actuellement, plus en vigueur).

fondamentales de l'OIT (et de la formation des apprentis)²⁴³. Deuxièmement, en suivant le conseil de Zufferey et Dubey²⁴⁴, la reprise de la solution de l'ancien droit des marchés publics européens selon la directive (2004/18/CE (prise en considération d'aspects sociaux, mais non comme critères d'adjudication, mais comme conditions d'exécution du marché)²⁴⁵, ou, troisièmement, l'intégration d'aspects étrangers à l'objet de la soumission comme critères d'adjudication au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, respectivement selon la directive 2014/24/EU (sous renonciation à ou en considération additionnelle de l'art. 70 de la directive 2014/24/EU en combinaison avec les conditions d'exécution)²⁴⁶. Si la dernière variante est choisie, un « Swiss finish » mériterait réflexion, à l'instar de la jurisprudence concernant la formation des apprentis, en imposant à la pondération de critères sociaux dans la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse certaines limites²⁴⁷.

²⁴³ C'est plutôt l'orientation du P-AIMP, étant précisé que l'AP-LMP est plutôt un peu plus ouvert à l'égard des aspects sociaux (cf. le chapitre I/2.2 supra in fine).

²⁴⁴ *Ergänzungsstudie*, op.cit. [nbp. 14], p. 21

²⁴⁵ Conditions pour l'exécution du marché au sens de l'art. 70 de la directive 2014/24/EU respectivement selon l'art. 26 de la directive 2004/18/CE

²⁴⁶ Cela peut être intéressant pour des "living wages" (cf. le chapitre V/5 supra), dans la mesure où ceux-ci ne sont pas formulés comme motif d'exclusion ou critère d'adjudication.

²⁴⁷ Chapitre VII/4; cf. concernant la conformité de la démarche au regard de l'AMP en particulier le chapitre IV/3.3