

Avis de droit – résumé (traduction)

Marchés publics durables

Comparaison entre le droit européen (directives 2014/24/UE et 2014/25/UE) et la législation suisse (LMP et OMP révisées) au regard des conditions et de la marge de manœuvre concernant la passation de marchés publics durables

sur mandat de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV)

Matthias Hauser, lic. en droit, avocat

Réka Piskóty*, MLaw, LL.M.

* Co-auteure des chapitres consacrés aux coûts du cycle de vie et à l'innovation, participation à l'intégralité de l'expertise

avec la collaboration de Chiara Skirl, BLaw

26 avril 2021

Mentions légales

Mandant:

Office fédéral de l'environnement (OFEV), Division Economie et Innovation, CH-3003 Berne
L'OFEV est un office du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC).

Mandataire:

Matthias Hauser, étude d'avocat Matthias Hauser, Freiestrasse 205, CH-8032 Zurich, www.hauserlegal.ch

Auteur et auteures:

Matthias Hauser, lic. en droit, avocat
Réka Piskóty, MLaw, LL.M. (co-auteure des chapitres consacrés aux coûts du cycle de vie et à l'innovation, participation à l'intégralité de l'expertise)
avec la collaboration de Chiara Skirl, BLaw

Traduction:

Séverine van der Meulen

Accompagnement OFEV:

Ruth Freiermuth Knuchel, Sébastien Nguyen-Bloch et Nathalie Clausen

Remarque:

La présente étude a été réalisée sur mandat de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV). Seul le mandataire porte la responsabilité de son contenu.

Droit d'auteur:

Le présent avis de droit est protégé par le droit d'auteur. La reproduction de ce texte à des fins non commerciales est autorisée à condition de l'être de manière intégrale, sous une forme inchangée et avec indication de ses auteur(e)s ainsi que du mandant. Toute modification nécessite l'approbation écrite de Matthias Hauser.

Download:

<https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/economie-consommation/droit/avis.html>

Version originale allemande complète de l'avis de droit:

Matthias Hauser/Réka Piskóty (2021), Nachhaltige öffentliche Beschaffung. Vergleich der EU-Richtlinien 2014/24/EU bzw. 2014/25/EU mit dem neuen BöB und der neuen VöB hinsichtlich der Vorgaben und des Spielraums bezüglich nachhaltiger öffentlicher Beschaffung
<https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/wirtschaft-konsum/recht/rechtsgutachten.html>

Table des matières

A. Situation initiale et objet de l'analyse	4
B. Remarques générales concernant l'importance du droit européen des marchés publics pour l'interprétation du droit suisse des marchés publics	5
C. But et principes	5
1. Généralités	5
2. Transport	7
D. Exigence d'un lien objectif avec l'objet du marché	8
E. Conditions de participation et motifs d'exclusion	10
F. Critères d'aptitude	10
G. Attribution du marché et critères d'adjudication en général	11
H. Coûts du cycle de vie (CCV) en particulier	13
1. Généralités	13
2. Méthode de calcul	14
3. Coûts internes du cycle de vie (coûts directs)	16
4. Prise en compte des coûts environnementaux externes (coûts indirects)	16
5. Coûts sociaux externes	18
I. Description des prestations incluant les spécifications techniques et les conditions d'exécution	18
J. Certifications	20
K. Labels	21
L. Innovation	21

A. Situation initiale et objet de l'analyse

- 1 En Suisse, la prise en compte d'objectifs écologiques et sociaux dans le cadre de la passation de marchés publics s'est avérée plutôt difficile sous l'ancien droit. Cela était notamment dû à la crainte largement répandue d'enfreindre les principes de concurrence ancrés en droit des marchés publics à l'échelle nationale et internationale. Au niveau fédéral, la loi fédérale totalement révisée sur les marchés publics (LMP) du 21 juin 2019 et l'ordonnance sur les marchés publics (OMP) du 12 février 2020, intégralement révisée elle aussi, sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2021. Le nouvel article énonçant le but de la LMP est l'expression d'un changement de paradigme voulu par le parlement: une compétitivité moins axée sur le prix et davantage fondée sur la qualité. Le développement durable dans ses trois dimensions (justice sociale, protection de l'environnement compte tenu des limites de charge et économicité) est une part essentielle de cette compréhension de la qualité. En outre, l'accord intercantonal sur les marchés publics révisé du 15 novembre 2019 (AIMP) a été largement harmonisé avec la LMP.
- 2 En révisant la LMP, la Suisse a également procédé à la ratification formelle de l'accord sur les marchés publics de l'OMC¹ (AMP 2012). Cet accord reconnaît aussi l'importance de la durabilité en matière de marchés publics. Au sein de l'UE, depuis de nombreuses années déjà, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) rend des décisions importantes sur la prise en compte des aspects sociaux et écologiques dans la passation de marchés publics. En 2014, l'UE a adopté les directives 2014/24/UE² et 2014/25/UE³, et ainsi défini un cadre de référence pour les Etats membres de l'UE, qui promeut la durabilité des marchés publics et en règle plusieurs points de manière détaillée. Les directives de l'UE sont déjà appliquées dans les Etats membres depuis un certain nombre d'années. Par ailleurs, une jurisprudence importante a été développée par la CJUE concernant divers domaines du développement durable en droit des marchés publics, qui peut servir de référence utile à la Suisse dans le cadre de la mise en œuvre de la nouvelle LMP, parallèlement aux dispositions contenues dans les directives et aux prises de position adoptées par la doctrine.
- 3 La présente contribution établit une comparaison entre la situation juridique dans l'UE en vertu des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE et celle prévalant en Suisse conformément à la LMP et à l'OMP révisées, au regard des conditions et de la marge de manœuvre concernant la passation de marchés publics durables. Si les trois dimensions de la durabilité font partie de la présente analyse, le critère de l'économicité sera seulement pris en compte dans la mesure où il se recoupe avec la dimension écologique ou sociale, ce qui pourra être le cas dans le domaine des coûts du cycle de vie ou de l'innovation.

¹ Nouvelle teneur: accord sur les marchés publics du 30 mars 2012, RS 0.632.231.422.

² Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

³ Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

B. Remarques générales concernant l'importance du droit européen des marchés publics pour l'interprétation du droit suisse des marchés publics

- 4 Depuis l'adoption de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics et de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics, le droit moderne des marchés publics suisse se fonde sur l'application d'accords internationaux, en particulier l'accord de l'OMC sur les marchés publics (dans sa version initiale du 15 avril 1994, puis dans sa version révisée du 30 mars 2012), auquel s'est ajouté l'accord bilatéral sur les marchés publics conclu avec l'UE⁴. Ainsi, il paraît justifié que, pour interpréter le droit suisse des marchés publics, il faille tenir compte non seulement des dispositions contenues dans les accords internationaux eux-mêmes, mais encore de leur application par l'UE et de la jurisprudence y afférente. Cela se justifie également du fait que les problèmes qui se posent sont souvent similaires sur le fond. En conséquence, les tribunaux helvétiques ont régulièrement fait référence aux dispositions correspondantes du droit européen pour interpréter le droit suisse des marchés publics.
- 5 Dans le cadre de la révision totale de la LMP, le législateur suisse s'est inspiré du droit européen, en particulier eu égard à la possibilité d'utiliser davantage les marchés publics au profit d'objectifs sociétaux communs et de prendre en compte dans les procédures d'adjudication des critères sociaux, écologiques et touchant au domaine de l'emploi. S'agissant d'interpréter la LMP, l'OMP et l'AIMP, il convient par conséquent de prendre en considération le droit européen des marchés publics. Il s'agit notamment d'en tenir compte lorsque le droit européen des marchés publics connaît des principes identiques ou similaires à ceux applicables en droit suisse des marchés publics, ou encore là où le droit européen met aussi en œuvre l'AMP. En revanche, lorsque les directives européennes relatives à la passation des marchés régissent des aspects spécifiques à l'UE, il ne paraît pas opportun de les interpréter afin d'en tirer des conclusions impératives pour le droit suisse des marchés publics.

C. But et principes

1. Généralités

- 6 L'art. 2 let. a LMP mentionne expressément la durabilité en tant que but des marchés publics et confère à l'aspect durable la même importance que les critères économiques. Cela reflète clairement la ferme volonté du législateur d'intégrer les marchés publics dans la stratégie pour le développement durable. La durabilité est tridimensionnelle et comprend les dimensions économique⁵, écologique et sociale. Conformément à l'article 2 LMP, la loi vise également les

⁴ Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics du 21 juin 1999, RS 0.172.052.68.

⁵ La version française de l'art. 2 let. a LMP est formulée comme suit: «une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables». Elle utilise deux fois l'adjectif «économique», alors que les versions allemande et italienne ajoutent la locution «volkswirtschaftlich»/«dell'economia pubblica» à l'élément de la durabilité, précisant ainsi

but suivants: une utilisation économique des deniers publics, la transparence des procédures d'adjudication, l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires ainsi qu'une concurrence efficace et équitable entre eux. Ces buts et principes doivent aussi être respectés dans le cadre de la prise en compte des objectifs de développement durable lors de la passation de marchés publics. Ainsi, les critères de durabilité ne peuvent pas être utilisés de manière abusive, dans le but de discriminer des soumissionnaires étrangers ou provenant d'une autre région.

- 7 En révisant le droit des marchés publics, la Suisse a suivi l'UE sur les principes ainsi que sur de nombreux points, sur lesquels des décisions importantes avaient été rendues par la CJUE depuis un certain temps déjà et qui abordaient la question de la prise en compte des aspects durables dans la passation de marchés publics. Dans le cadre de la Stratégie Europe 2020, l'UE a attribué un rôle clé à la passation de marchés publics, en tant qu'instrument d'économie de marché destiné à garantir une croissance durable et à promouvoir une économie respectueuse des ressources, plus écologique et plus compétitive. Pour mettre en œuvre cette stratégie, l'UE a adopté en 2014 la révision de son droit des marchés publics, à la suite de la révision de l'accord sur les marchés publics de l'OMC (AMP), qui a permis de clarifier et de mieux ancrer la possibilité de tenir compte des aspects environnementaux dans la passation des marchés. Le droit européen des marchés publics est nettement plus détaillé que la législation suisse et contient notamment des dispositions très précises concernant les labels et les coûts du cycle de vie. Pour différentes questions, il peut offrir une aide à l'interprétation et à l'application du droit suisse des marchés publics.
- 8 S'il a considérablement renforcé les objectifs de développement durable, le nouveau droit suisse des marchés publics n'a introduit que peu d'obligations concrètes concernant leur prise en considération. Elles s'inscrivent dans le cadre de l'obligation de respecter les dispositions relatives à la protection de l'environnement, à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et à l'égalité salariale entre femmes et hommes, ou, pour les prestations à exécuter à l'étranger, dans le cadre du respect des huit conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) et de certains accords multilatéraux sur l'environnement. Au surplus, il relève de la responsabilité (et aussi de l'appréciation) des adjudicateurs et des autorités adjudicatrices de déterminer dans quelle mesure et de quelle manière ils entendent mettre en œuvre les objectifs de développement durable dans la passation des marchés. Les directives et manuels des pouvoirs adjudicateurs, mais aussi les normes indépendantes peuvent contribuer à définir un cadre solide afin de combiner judicieusement la stratégie en matière d'acquisitions d'une collectivité publique avec sa stratégie pour le développement durable, et d'utiliser efficacement les possibilités offertes par le droit des marchés publics pour promouvoir la durabilité.

qu'il s'agit en particulier de tenir compte des aspects de l'économie publique, lesquels vont au-delà des considérations propres à l'économie d'entreprise.

2. Transport

- 9 Selon l'objet du marché, il est possible que le transport ait des effets nocifs importants sur l'environnement. La prise en compte des incidences environnementales du transport est mise en question parce qu'elle est susceptible de désavantager les soumissionnaires dont le site d'entreprise est plus éloigné. Des motifs objectifs ayant trait à la protection de l'environnement peuvent cependant justifier de tels désavantages si les critères d'adjudication d'ordre écologique ont un lien objectif suffisant avec l'objet du marché et qu'ils sont destinés à poursuivre un but environnemental de manière appropriée et proportionnée. Cela vaut aussi en ce qui concerne la prise en considération des nuisances liées au transport. Si ces conditions sont remplies, la prise en compte du transport (c'est-à-dire des nuisances environnementales en découlant) ne constitue pas une discrimination prohibée des soumissionnaires dont la localisation est plus éloignée, même si ces derniers subissent de ce fait un désavantage. La prise en compte de la distance de parcours implique un risque accru que des soumissionnaires provenant d'une autre région soient discriminés, raison pour laquelle il y a lieu de vérifier avec un soin particulier l'existence du lien objectif avec l'objet du marché et le critère de proportionnalité.
- 10 Si l'autorité adjudicatrice dispose d'une grande marge de manœuvre dans le choix des nuisances environnementales à prendre en considération, elle ne peut pas, sans que cela soit objectivement défendable, sélectionner certains aspects écologiques revêtant une importance secondaire au préjudice des soumissionnaires provenant d'une autre région, tout en laissant de côté d'autres aspects environnementaux de même importance. Il est reconnu que dans le cadre d'une prise en compte exhaustive des atteintes notables à l'environnement, il est admissible de prendre également en considération les nuisances découlant de la distance de transport.
- 11 En droit européen des marchés publics, la prise en compte du cycle de vie de l'objet du marché revêt une importance encore plus grande que dans la LMP, et le transport en fait expressément partie. Etant donné que la prise en considération de facteurs qui ne font pas partie du contenu matériel des prestations demandées est admise pour toutes les conditions d'adjudication, il peut être raisonnablement exigé de tenir compte du transport et des nuisances environnementales en découlant. Ceci à la double condition que cette exigence soit liée à l'objet du marché et proportionnée.
- 12 Les critères d'aptitude et les spécifications techniques établis afin de tenir compte des distances de transport et de leurs effets nocifs sur l'environnement constituent une question particulièrement délicate, car le non-respect par une offre d'un point important peut en principe entraîner son exclusion. Ces conditions ont dès lors une influence notable sur les chances de compétitivité des soumissionnaires. Il est envisageable d'exiger, en tant que critère d'aptitude au sens des capacités du soumissionnaire sur les plans technique et organisationnel, qu'un emplacement soit situé à une certaine distance maximale (et donc de fixer la longueur maximale autorisée des trajets de transport), mais cela ne se justifie que dans des cas particuliers, sous l'angle de la nécessité, de l'égalité de traitement et de la concurrence.

- 13 Conformément à l'art. 30 al. 4 LMP, les spécifications techniques peuvent comporter des prescriptions visant à minimiser les atteintes à l'environnement durant les trajets. Il est par exemple possible de fixer des exigences écologiques minimales concernant le type de véhicules utilisés, ce qui semble en tout cas justifié lorsque l'objet du marché nécessite des transports intensifs.
- 14 Une exigence à visée écologique relative au transport posée à titre de spécification technique ou de critère d'adjudication est admissible si elle est en mesure de promouvoir l'objectif environnemental et qu'il n'existe aucune autre mesure moins restrictive pour le commerce permettant d'atteindre le même but. Etant donné que les émissions liées au transport ne dépendent pas seulement de la distance à parcourir, mais aussi des véhicules utilisés et des mesures organisationnelles mises en place, il s'agit en principe de définir non pas une distance de transport déterminée, mais la charge polluante elle-même ou d'autres indicateurs pertinents. La fixation d'un plafond pour les émissions causées par le transport du bien en question (par exemple pour les rejets de CO₂) peut s'avérer particulièrement délicate, car en l'absence de motifs fondés, elle est susceptible de constituer une discrimination indirecte illicite à l'égard des soumissionnaires suisses et étrangers (entrant dans le champ d'application de l'AMP). Cependant, si le pouvoir adjudicateur est en mesure de démontrer que le transport d'un bien sur de longues distances représente nécessairement un danger pour l'environnement ou pour la santé publique, les spécifications techniques y relatives sont admises. En principe, les émissions produites durant le transport doivent de préférence être prises en compte dans le cadre d'une évaluation globale des aspects écologiques essentiels du développement durable.

D. Exigence d'un lien objectif avec l'objet du marché

- 15 En droit suisse des marchés publics, les critères environnementaux et sociaux doivent toujours avoir un lien objectif avec la prestation acquise. Cette condition s'applique aussi bien aux spécifications techniques qu'aux critères d'adjudication et d'aptitude. Le droit européen des marchés publics règle cette exigence de manière assez détaillée, contrairement à la LMP. Divers principes fondamentaux du droit européen revêtent également une pertinence pour la Suisse, même si la réglementation ouverte de cette dernière permet une plus grande marge de manœuvre dans la mise en application des principes relevant du droit des marchés publics. Si l'on établit une comparaison avec le droit européen, il faut tenir compte du fait que les spécifications techniques ne constituent qu'une partie de la description de la prestation. En font notamment partie les conditions d'exécution du marché, qui ne sont pas expressément réglementées en droit suisse, contrairement au droit européen.
- 16 Les aspects sociaux et écologiques ne peuvent pas concerner uniquement le *contenu matériel* de la prestation achetée (véhicules consommant peu d'énergie, accessibilité pour les personnes handicapées), mais doivent aussi se rapporter à leur *fabrication*, cela même s'ils ne sont pas visibles dans le produit (produits du commerce équitable, production biologique de denrées alimentaires, électricité issue des énergies renouvelables). Ces aspects peuvent s'étendre à chaque phase du cycle de vie de la prestation acquise, mais doivent revêtir un lien avec elle. Selon la définition légale en vigueur au sein de l'UE, le «cycle de vie» désigne toutes

les étapes par lesquelles passe un produit tout au long de sa vie, depuis l'acquisition des matières premières ou la production des ressources jusqu'à l'élimination, la remise en état et la fin du service ou de l'utilisation. Le cycle de vie comprend également la recherche et le développement à réaliser, la production, la commercialisation et ses conditions, le transport, l'utilisation et la maintenance. Cette conception large du lien avec l'objet du marché présente également un intérêt pour la Suisse.

- 17 Les *aspects écologiques relatifs à la fabrication* sont admissibles en tant que critères d'adjudication et spécifications techniques. Les *aspects sociaux relatifs à la fabrication* peuvent dans tous les cas être pris en considération à titre de critères d'adjudication. Mais il existe aussi de bonnes raisons de penser que de tels critères peuvent aussi être fixés dans les exigences impératives de la description de la prestation (notons qu'à notre sens, la question de savoir si ces exigences sont attribuées aux spécifications techniques dans la description de la prestation n'est pas déterminante).
- 18 Selon un avis majoritaire, les exigences qui ne se rapportent pas spécifiquement à la fabrication de la prestation acquise, mais se réfèrent au *comportement de l'entreprise en général* étaient inadmissibles sous l'ancien droit des marchés publics. On partait du principe que ces critères n'avaient pas un lien objectif suffisant avec la prestation achetée. Pour illustrer de tels critères inadmissibles, nous citerons par exemple l'engagement général de l'entreprise d'un point de vue social et écologique, l'emploi d'un pourcentage déterminé de chômeurs de longue durée au sein de toute l'entreprise (c'est-à-dire sans rapport avec la production de la prestation achetée) ou la mixité des genres dans le management de l'entreprise. En revanche, il existe aujourd'hui, sous le régime de la nouvelle LMP, de bonnes raisons de considérer que les exigences relatives au comportement général de l'entreprise soient admissibles, dans la mesure où ce comportement peut difficilement être séparé des conditions de fabrication de la prestation acquise. Cela vaut notamment pour les conditions de travail décentes et équitables ainsi que pour le respect des droits de l'homme, qui ne peuvent pas être partagés ou répartis au sein d'une entreprise ou d'un site en fonction du produit fabriqué. Pour être admissibles, de tels critères n'ont pas à être soumis à des exigences plus élevées que celles requises pour d'autres critères qualitatifs se rapportant également à l'entreprise dans son ensemble, s'agissant par exemple des conditions requises pour un système de gestion de la qualité. Le fait que le message concernant la révision totale de la LMP admette l'acquisition de produits issus du commerce équitable est un argument en faveur de l'admissibilité des critères se rapportant au comportement de l'entreprise lorsque les conditions susmentionnées sont remplies. Il semble dès lors que la possibilité de recourir aux labels du commerce équitable corresponde à la volonté du législateur. Ces labels présupposent d'ailleurs bien souvent le respect de certaines exigences applicables à toute l'entreprise, comme cela est par exemple le cas du label Max Havelaar, très répandu en Suisse. Il y a lieu de relever qu'il s'agit ici d'une question d'interprétation qui n'a pas encore été clarifiée par les tribunaux.
- 19 Comme il ressort de l'arrêt de la CJUE *Wienstrom*, les critères d'aptitude, les critères d'adjudication et les spécifications techniques se rapportant à la politique générale de l'entreprise et n'ayant aucun lien avec l'objet du marché sont inadmissibles, par exemple la question de

savoir si l'électricité qu'un fournisseur d'électricité livre à d'autres clients est également produite à partie d'énergies renouvelables. En outre, il n'est pas autorisé de demander un certificat de management environnemental pour l'ensemble des acquisitions et non pas uniquement pour les marchés écologiquement sensibles, ni d'exiger que tout l'assortiment proposé par le soumissionnaire comprenne exclusivement des produits issus du commerce équitable.

E. Conditions de participation et motifs d'exclusion

20 Par conditions de participation, on entend les conditions de base que tous les soumissionnaires doivent remplir pour pouvoir participer à la procédure d'adjudication. Contrairement aux critères d'aptitude, ces conditions s'appliquent quel que soit l'objet du marché. Si elles ne sont pas remplies, l'adjudicateur peut exclure le soumissionnaire de la procédure d'adjudication ou révoquer l'adjudication (art. 44 LMP). Les conditions de participation doivent aussi être observées par les sous-traitants et leur respect doit être garanti par l'adjudicateur. Selon l'art. 12 LMP en lien avec les art. 26 al. 1 LMP et 4 OMP, les marchés publics portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne peuvent être adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur, les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi fédérale contre le travail au noir ainsi que les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes. Les prescriptions et conditions à respecter comprennent les dispositions impératives du CO, de la loi sur le travail et de ses ordonnances d'exécution ainsi que les conventions collectives et les contrats-types de travail, ou, lorsque ces instruments font défaut, les conditions de travail habituelles dans la région ou la profession. S'il existe une convention collective de travail dans un secteur donné, les soumissionnaires n'ont certes pas l'obligation d'y adhérer, mais il peut être exigé, dans le cadre de la passation de marchés publics, qu'ils respectent les dispositions de la CCT relatives aux conditions de travail, notamment celles prévoyant des salaires minimaux.

21 Les marchés publics portant sur des prestations à exécuter à l'étranger ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent au moins les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) mentionnées à l'annexe 6 de la LMP. L'adjudicateur peut en outre exiger le respect d'autres standards de travail internationaux importants. Eu égard à la protection de l'environnement, l'art. 12 al. 3 LMP soumet l'adjudication d'un marché public à la condition que le soumissionnaire respecte au moins les prescriptions légales relatives à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles en vigueur au lieu de la prestation. En ce qui concerne les prestations exécutées en Suisse, ces prescriptions comprennent les dispositions du droit suisse en matière d'environnement. Pour les prestations exécutées à l'étranger, sont déterminants selon l'art. 4 al. 3 OMP le droit de l'environnement applicable au lieu d'exécution et les conventions mentionnées à l'annexe 2 de l'OMP.

F. Critères d'aptitude

22 Conformément à l'art. 27 LMP, les critères d'aptitude auxquels doivent répondre les soumissionnaires doivent être définis de manière exhaustive dans les documents d'appel d'offre. Ces

critères doivent être objectivement nécessaires pour le marché concerné et vérifiables, raison pour laquelle ils doivent être déterminés de manière spécifique à chaque marché. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation dans ce contexte. Il découle de l'exigence de nécessité et du principe de proportionnalité au sens de l'art. 5 al. 2 Cst. que les critères d'aptitude ne peuvent restreindre le cercle des soumissionnaires potentiels que dans la mesure où cela se justifie eu égard à l'objet du marché.

- 23 Les critères liés à la durabilité et à la protection de l'environnement ne sont pas expressément mentionnés comme critères d'aptitude possibles dans le texte de la loi. Pour qu'un aspect du développement durable puisse être pris en considération dans le cadre d'une adjudication, il faut qu'un lien objectif existe avec l'objet du marché. En considération du droit européen des marchés publics et en particulier de l'art. 62 de la directive 2014/24/UE, il est admissible d'exiger, pour un projet de construction écologiquement exigeant, une familiarité avec les systèmes de gestion environnementale ou une formation complémentaire dans ce domaine.
- 24 Conformément à l'arrêt Max Havelaar, les critères d'aptitude qui ne sont pas concrètement liés à la prestation demandée mais concernent seulement la politique générale de l'entreprise des soumissionnaires ne sont pas admissibles. En conséquence, l'adjudicateur ne peut par exemple pas exiger des soumissionnaires que tous les produits proposés dans leur assortiment soient issus du commerce équitable.

G. Attribution du marché et critères d'adjudication en général

- 25 La nouvelle règle d'adjudication formulée à l'art. 41 LMP, qui veut que le marché soit adjugé à «l'offre la plus avantageuse», correspond dans son principe à la règle jusqu'ici en vigueur, selon laquelle le marché devait être attribué à «l'offre économiquement la plus avantageuse». La nouvelle formulation a pour but de mettre en évidence les aspects qualitatifs. Les offres sont évaluées sur la base des critères d'adjudication, lesquels doivent être fixés conformément à l'art. 29 LMP.
- 26 Le critère d'adjudication de la «durabilité» désormais inscrit dans la loi s'étend aux trois dimensions économique, écologique et sociale. La dimension écologique recouvre la compatibilité environnementale ainsi que la préservation et l'utilisation rationnelle des ressources. Ces aspects peuvent être évalués au travers de facteurs tels que la teneur en polluants, la pollution de l'eau, des sols et de l'air, la consommation d'énergie ou d'eau et l'impact sur la biodiversité. Les critères écologiques peuvent concerner non seulement l'objet du marché en soi, mais également sa fabrication, son utilisation et son élimination. La dimension sociale implique de tenir compte du caractère équitable des conditions de fabrication et du commerce, et peut par exemple conduire à acheter des produits issus du commerce équitable ou à fixer des exigences concernant la sécurité au travail.
- 27 Tous les critères d'adjudication, y compris ceux relatifs au développement durable, doivent avoir un lien objectif avec l'objet du marché. Pour ce qui est de la marge de manœuvre étendue sur cette question, en particulier concernant les produits du commerce équitable et les

droits de l'homme, voir la lettre D. ci-dessus («Exigence d'un lien objectif avec l'objet du marché»). La KBOB⁶ émet des recommandations concernant la manière dont les aspects économiques, environnementaux et sociaux peuvent être pris en compte dans le domaine de la construction, depuis le choix du lieu d'édification d'un bâtiment jusqu'à la phase d'exploitation de ce dernier, en passant par la conception et la réalisation du projet de construction.

- 28 Le droit européen connaît une réglementation similaire: conformément à l'art. 67 par. 1 de la directive 2014/24/UE, les pouvoirs adjudicateurs se fondent (toujours) sur «l'offre économiquement la plus avantageuse» pour attribuer les marchés publics. L'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la base du prix ou du coût (incluant le coût du cycle de vie) ou à l'aide du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux. Ces critères doivent être liés à l'objet du marché public concerné. En revanche, les critères d'adjudication ne doivent pas nécessairement procurer un avantage direct à l'adjudicateur; ils peuvent se rapporter à des questions revêtant un intérêt général, par exemple à la protection d'espèces animales menacées. L'art. 67 par. 2 let. a de la directive 2014/24/UE mentionne différents critères d'attribution du marché présentant une utilité pour le développement durable: «l'accessibilité» (aux personnes handicapées), la «conception pour tous les utilisateurs», les «caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, la commercialisation et ses conditions». Cette énumération est établie à titre d'exemple et n'est donc pas exhaustive.
- 29 En ce qui concerne les critères d'attribution et les conditions d'exécution de marché revêtant une dimension écologique et sociale, les considérants 93 et 97 à 99 de la directive 2014/24/UE citent les exemples suivants: le fait que des livres aient ou non été imprimés sur du papier recyclé ou du papier produit à partir de bois issu de sources durables, les coûts imputés aux externalités environnementales ou le fait que l'intégration sociale de personnes défavorisées ou de membres de groupes vulnérables parmi le personnel assigné à l'exécution du marché ait ou non été facilité, le renoncement aux substances chimiques toxiques lors de la fabrication, le recours à des machines économes en énergie, l'utilisation de produits issus du commerce équitable, les prescriptions sur la livraison, l'emballage et l'élimination des produits, la minimisation des déchets et l'utilisation efficace des ressources. Les critères d'attribution relatifs à la durabilité peuvent aussi se rapporter au transport et aux effets nocifs de celui-ci sur l'environnement.
- 30 En revanche, le fait d'exiger qu'une certaine politique de responsabilité sociétale des entreprises soit suivie n'est pas considéré comme un critère d'attribution admissible. Ne sont pas non plus admis les critères d'attribution qui se fondent sur la question de savoir si les hommes et les femmes sont représentés de manière égale à l'échelle de la direction, si les personnes défavorisées constituent un certain pourcentage du personnel au sein d'une entreprise ou si la production totale remplit certains objectifs environnementaux dans une usine.

⁶ Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics.

H. Coûts du cycle de vie (CCV) en particulier

1. Généralités

- 31 Le principe de durabilité économique impose de se fonder sur les coûts du cycle de vie et non plus uniquement sur le prix d'acquisition. Dans de nombreux cas, la prise en compte du cycle de vie sous un angle purement financier pourrait aussi servir la durabilité écologique. L'actuel art. 29 al. 1 LMP mentionne expressément les coûts du cycle de vie en tant que critère d'adjudication possible, sans toutefois les définir précisément ni poser de conditions particulières à leur application.
- 32 Les coûts du cycle de vie comprennent les coûts d'acquisition, d'exploitation, de démolition et d'élimination ainsi que les coûts externes engendrés par les atteintes à l'environnement. Font partie des coûts d'exploitation les coûts d'utilisation (par ex. les frais de consommation d'énergie et d'autres ressources) et les coûts de maintenance. Pour comprendre la notion de CCV, il peut être utile de consulter la directive 2014/24/EU, qui contient des dispositions plus élaborées: conformément à l'art. 68 par. 1 de cette directive, le coût du cycle de vie (ci-après également abrégé CCV) couvre l'ensemble des coûts engendrés durant les différentes étapes du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage. Selon la définition légale contenue à l'art. 2 par. 1 ch. 20 de la directive 2014/24/UE, le «cycle de vie» désigne toutes les étapes par lesquelles passe un produit (ou un ouvrage, ou encore la fourniture d'un service) tout au long de sa vie, depuis l'acquisition des matières premières ou la production des ressources jusqu'à l'élimination, la remise en état et la fin du service ou de l'utilisation. Il comprend en particulier la recherche et le développement à réaliser, la production, la commercialisation et ses conditions, le transport, l'utilisation et la maintenance. Les pouvoirs adjudicateurs sont toutefois libres de prendre en compte tout ou partie des coûts du cycle de vie (art. 68 par. 1 de la directive). Les CCV peuvent inclure aussi bien les frais internes que les coûts imputés aux externalités environnementales (art. 68 par. 1 let. a et b de la directive).
- 33 En vertu de l'art. 29 LMP, les adjudicateurs sont libres de prévoir les CCV en tant que critère d'adjudication (ce qui correspond à la réglementation européenne, voir art. 67 par. 2 de la directive). Cela est particulièrement approprié lorsqu'une part importante des frais sont engendrés durant la phase d'utilisation ou d'élimination, ou lorsqu'il y a lieu de prendre en considération les coûts environnementaux externes.
- 34 S'il est décidé de se référer aux CCV, le prix d'acquisition y est directement inclus et ne peut pas encore être pris en compte séparément (interdiction du double comptage). En Suisse, il manque une réglementation exhaustive concernant les conditions et modalités d'utilisation des CCV en tant que critère d'adjudication. Dès lors, les dispositions détaillées adoptées par l'EU (art. 67 par. 1 et plus particulièrement art. 2 par. 1 ch. 20 et art. 68 de la directive) offrent un cadre d'orientation utile.
- 35 Par analogie au droit européen des marchés publics, il est possible, en Suisse aussi, de définir les CCV comme seul et unique critère d'adjudication dans le cadre d'acquisitions de prestations standardisées, de manière identique à l'art. 29 al. 4 LMP, qui prévoit leur adjudication

sur la base du seul critère du prix total le plus bas (l'AIMP parle du «prix»). Mais à la différence du droit européen et de l'AIMP, l'art. 29 al. 4 LMP émet en outre la condition que les spécifications techniques concernant les prestations permettent de garantir le respect d'exigences élevées en matière de durabilité sociale, écologique et économique.

2. Méthode de calcul

36 L'adjudicateur dispose d'une *grande marge d'appréciation* en ce qui concerne la détermination de la méthode de calcul. Il peut notamment définir quelles phases du cycle de vie et quels coûts environnementaux externes il souhaite prendre en considération et accorder à certains facteurs polluants davantage de poids qu'à d'autres.

37 Il découle des principes de la transparence et de l'égalité de traitement que certaines *exigences* doivent être respectées concernant la méthode de calcul des CCV et sa communication préalable dans les documents d'appel d'offre. Les paramètres utilisés et les prix de l'atteinte à l'environnement doivent être objectivement justifiés. Contrairement aux indications contenues dans le message, il n'est pas nécessaire que les coûts externes engendrés par les atteintes à l'environnement liées à l'objet du marché pendant son cycle de vie soient approuvés par l'organe «compétent» pour pouvoir être pris en considération. Le texte de loi ne comporte aucune disposition confirmant ce point de vue et la législation détaillée de l'UE ne connaît pas non plus de règle allant dans ce sens. Pour déterminer les CCV, les autorités adjudicatrices peuvent recourir à des méthodes généralement reconnues ou, au besoin, élaborer leurs propres méthodes, lesquelles doivent satisfaire les exigences susmentionnées.

38 Il n'existe pas de modèle généralement applicable pour calculer les CCV. Comme la méthode de calcul est concrètement mise au point en fonction de paramètres nombreux et divers, les méthodes varient considérablement d'un cas à l'autre. Dans la mesure où cela est possible et approprié, il incombe au pouvoir adjudicateur d'appliquer une méthode générale de calcul, comme cela est exigé dans la documentation spécialisée consacrée au droit européen des marchés publics. Si une méthode générale existe, l'adjudicateur qui renonce à l'appliquer doit être en mesure de justifier de manière objective pourquoi il opte pour une méthode ad hoc élaborée par ses soins.

39 En Suisse, comme au sein de l'UE, le calcul des CCV est soumis à des exigences élevées en termes de *transparence* (voir l'art. 68 par. 2 de la directive 2014/24/UE). Il s'agit d'une part de satisfaire aux exigences de la transparence ex post, qui permet d'assurer la vérifiabilité de la décision d'adjudication prise, et d'autre part de garantir la transparence ex ante (transparence à titre prospectif), grâce à laquelle les soumissionnaires peuvent mieux cibler leurs offres et préalablement évaluer leurs chances d'obtenir l'adjudication. Le pouvoir adjudicateur doit indiquer dans les documents d'appel d'offre les données que doivent fournir les soumissionnaires et décrire la méthode utilisée pour déterminer le CCV. Il doit être possible de distinguer, parmi les différents aspects que revêt le CCV, lesquels sont pris en compte et quelle est leur pondération. En outre, il faut pouvoir déterminer si des coûts environnementaux externes sont pris en considération et, dans l'affirmative, lesquels, et savoir comment les atteintes à l'environnement sont monétarisées. Il faut par conséquent indiquer quels types de coûts sont pris

en compte (frais d'acquisition; coûts d'utilisation tels que ceux liés à la consommation d'énergie et d'autres ressources; frais de maintenance; coûts liés à la fin de vie tels que les coûts de collecte et de recyclage). Si les coûts imputés aux externalités environnementales sont pris en compte, il y a également lieu de donner des renseignements à ce sujet. Une mise en œuvre optimale du principe de la transparence implique que la matrice de calcul comportant l'ensemble des facteurs ayant une influence sur le CCV ainsi que les paramètres et la méthode de calcul soit incluse dans les documents d'adjudication. Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs ne sont tenus d'inclure ces informations dans le dossier d'appel d'offres que si, à défaut, les soumissionnaires n'auraient pas la possibilité de se faire une idée suffisante de la méthode utilisée pour évaluer le CCV moyennant un effort raisonnable.

- 40 Le CCV peut être établi soit par l'autorité adjudicatrice, soit par le soumissionnaire. Si l'adjudicateur procède à cette évaluation, il doit obtenir des informations de la part du soumissionnaire. S'il appartient au soumissionnaire de calculer le CCV, son offre doit non seulement mentionner les informations nécessaires à l'établissement des coûts, mais aussi les CCV calculés. Dans les deux cas, le pouvoir adjudicateur est tenu de communiquer aux soumissionnaires, dans les documents d'appel d'offre, la méthodologie appliquée ainsi que les informations dont il aura besoin.
- 41 En ce qui concerne les données à fournir par les soumissionnaires pour déterminer le CCV, il peut s'agir de la consommation d'énergie, des émissions polluantes de l'objet du marché ou d'indications concernant les intervalles de maintenance ou la recyclabilité. Les indications fournies par les soumissionnaires doivent être intégrées de manière contraignante dans le contrat pour ne pas inciter ces derniers à donner des informations inexactes.
- 42 Au sein de l'UE, il existe divers outils permettant d'évaluer le CCV, tels que les instruments développés par la Commission européenne⁷, le projet SMART SPP⁸, ou encore les outils mis au point par l'Office allemand de l'environnement⁹ et par le Ministère allemand de l'économie et de l'énergie¹⁰. Le rapport Estevan/Schaefer rédigé pour l'organisation ICLEI («Local Governments for Sustainability»), c'est-à-dire les gouvernements locaux pour le développement

⁷ <https://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm> (site consulté le 19.4.2021); pour des renseignements détaillés à ce sujet, voir HENZEL, p. 100 ss.

⁸ <https://www.smart-spp.eu/index.php?id=7633> (site consulté le 19.4.2021). Le projet SMART SPP constitue un projet à l'échelle européenne destiné à promouvoir des solutions innovantes durant la phase précédant l'appel d'offres, notamment dans le domaine de l'éclairage LED. Un outil a été créé à cette fin, qui permet de calculer le coût du cycle de vie et les émissions de CO₂.

⁹ <https://www.umweltbundesamt.de/dokument/berechnungswerkzeug-fuer-lebenszykluskosten> (consulté le 19.4.2021).

¹⁰ <https://www.koinno-bmwi.de/informationen/toolbox/detail/lebenszyklus-tool-picker-1/> (consulté le 19.4.2021); à ce sujet, voir VON DEIMLING/SCHAUPP/ESSIG, p. 85.¹¹ Sur toute cette question, voir Estevan Helena/Schaefer Bettina, Life Cycle Costing State of the Art Report (Local Governments for Sustainability, European Secretariat 2017), https://spregions.eu/fileadmin/user_upload/Life_Cycle_Costing_SoA_Report.pdf (consulté le 13.02.2021), p. 37 ss.

durable) offre un aperçu des outils existants¹¹. Mais s'agissant des coûts imputés aux externalités environnementales, les problèmes d'évaluation sont particulièrement importants étant donné le manque de données et les difficultés que pose la monétarisation.

3. Coûts internes du cycle de vie (coûts directs)

43 Les coûts internes (ou directs) désignent les coûts supportés par le pouvoir adjudicateur ou d'autres utilisateurs, tels que les frais d'acquisition, d'utilisation et de maintenance ainsi que les coûts liés à la fin de vie (en ce qui concerne le droit européen, voir art. 68 par. 1 let. a de la directive 2014/24/UE). Seuls doivent être pris en compte les coûts directs (ou internes) engendrés après l'acquisition de l'objet du marché, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas occasionnés au soumissionnaire. C'est pourquoi il importe d'identifier au préalable les positions qui sont déjà comprises dans le prix d'acquisition (comme par exemple les frais de livraison et de montage) afin de ne pas les intégrer une nouvelle fois dans l'analyse du cycle de vie (interdiction du double comptage).

44 Si les CCV sont pris en compte en sus des critères qualitatifs pour déterminer le meilleur rapport qualité/prix, on ne peut pas se référer plus d'une fois au même critère pour obtenir l'adjudication. Par exemple, si les frais d'électricité sont inclus dans une analyse du cycle de vie, il n'est pas possible de mentionner une seconde fois les faibles coûts d'électricité en tant que critère qualitatif.

4. Prise en compte des coûts environnementaux externes (coûts indirects)

45 La prise en compte du cycle de vie sous un angle purement financier peut déjà suffire à servir non seulement la durabilité économique, mais aussi la durabilité écologique. L'avantage que présente le critère des CCV pour les produits respectueux de l'environnement est encore accru si ces derniers incluent également les coûts imputés aux externalités environnementales (ou coûts environnementaux externes, Environmental Life-Cycle Costing, ELCC). Il s'agit de la valeur négative de l'atteinte à l'environnement exprimée en argent. Cette atteinte résulte de la production ou de la consommation et ne doit pas être directement prise en charge par les opérateurs économiques ayant à faire avec le produit concerné (entreprises, utilisateurs finaux ou autorités). A titre illustratif, on citera le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique (ces exemples sont expressément mentionnés à l'art. 68 par. 1 de la directive 2014/24/UE).

46 La prise en compte des externalités environnementales dans le CCV est expressément admise en droit européen des marchés publics (art. 68 par. 1 let. b de la directive 2014/24/UE), mais aussi reconnue en droit suisse des marchés publics. La notion de CCV mentionnée à l'art. 29 al. 1 LMP doit être comprise dans ce sens large. En ce qui concerne l'admissibilité de la prise en considération des coûts environnementaux externes, il convient d'attirer l'attention

¹¹ Sur toute cette question, voir Estevan Helena/Schaefer Bettina, Life Cycle Costing State of the Art Report (Local Governments for Sustainability, European Secretariat 2017), https://spregions.eu/fileadmin/user_upload/Life_Cycle_Costing_SoA_Report.pdf (consulté le 13.02.2021), p. 37 ss.

sur le fait qu'au sein de l'UE, ces derniers étaient déjà considérés comme admissibles avant d'être inscrits dans les directives adoptées en 2014 en matière de marchés publics. Le développement durable mentionné à l'art. 29 al. 1 LMP en tant que critère d'adjudication constitue une base légale supplémentaire justifiant la prise en compte des coûts environnementaux externes dans le CCV.

- 47 Cela est possible à condition que les coûts de l'atteinte environnementale pris en considération soient liés à l'objet du marché public concerné tout au long de son cycle de vie (c'est ce que dit expressément l'art. 67 par. 2 de la directive 2014/24/UE). Le pouvoir adjudicateur peut également inclure dans les CCV les frais externes de l'atteinte à l'environnement occasionnés avant l'acquisition, à la différence des coûts directs, dont seuls ceux occasionnés après l'acquisition peuvent être pris en compte. Pour pouvoir inclure les externalités environnementales dans le CCV, il faut en outre les monétariser. Cette condition figure expressément à l'art. 68 par. 1 let. b de la directive 2014/24/UE, qui précise que la valeur monétaire doit pouvoir être vérifiée. Si cela n'est pas possible ou qu'une autre pondération paraît plus appropriée, il peut être judicieux de tenir compte des externalités environnementales dans des critères séparés et de ne pas les intégrer dans le coût du cycle de vie.
- 48 Si, afin d'instaurer un instrument d'économie de marché destiné à protéger l'environnement, une réglementation étatique exige qu'une entreprise compense certaines atteintes environnementales causées par elle à travers l'acquisition de certificats d'émission (droits de polluer négociables), cela donne lieu à une internalisation des coûts environnementaux externes à hauteur du prix d'achat. La somme que l'entreprise verse pour acquérir les certificats d'émission est en principe répercutée sur le prix de sa prestation. Les coûts environnementaux externes sont déjà internalisés pour ce montant et ne peuvent pas être pris en compte une deuxième fois en tant que tels dans le CCV.
- 49 Etant donné que la LMP ne contient pas de disposition régissant la prise en compte des coûts environnementaux externes, la disposition y relative de la directive 2014/24/UE (art. 68 par. 2 al. 2) peut servir de référence. Cela se justifie du fait que le droit suisse connaît les mêmes objectifs et principes que le droit européen en matière d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence des procédures d'adjudication (art. 2 let. b et c et 11 let. a et c LMP), d'une part, et que la règle prévalant en matière d'adjudication, énoncée à l'art. 41 LMP, correspond au contenu de l'art. 67 par. 1 de la directive européenne, d'autre part. Conformément à l'art. 68 par. 2 al. 2 de la directive 2014/24/UE, la méthode utilisée pour évaluer les coûts environnementaux externes est soumise aux exigences suivantes:
- Elle doit se fonder sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoires.
 - Si la méthode n'a pas été conçue pour une application répétée ou continue, elle ne peut ni favoriser ni défavoriser indûment certains opérateurs économiques, notamment en permettant aux soumissionnaires indigènes de fournir plus facilement les données requises que les soumissionnaires étrangers.

- La méthode doit garantir que les offres puissent faire l'objet d'une comparaison objective.
- Elle doit être accessible à toutes les parties intéressées.
- Les données requises doivent pouvoir être fournies par les soumissionnaires moyennant un effort raisonnable. Il convient d'évaluer au cas par cas quel effort peut être considéré comme raisonnable, en fonction de la méthode de calcul appliquée et de la branche économique concernée.

50 On peut partir du principe que la prise en compte des CCV est également licite en Suisse lorsque les conditions énumérées à l'art. 68 de la directive 2014/24/UE sont respectées, ce qui ne veut pas dire que toutes les prescriptions détaillées de l'UE doivent impérativement être observées en Suisse aussi.

51 En référence au droit européen des marchés publics, il convient de conclure que les pouvoirs adjudicateurs suisses ont la possibilité de développer et d'utiliser leurs propres outils afin d'inclure les coûts environnementaux externes dans les CCV. Le souhait d'adopter des méthodes d'évaluation standardisées doit être approuvé dans la mesure où cela devrait sensiblement faciliter la possibilité de se référer aux CCV comme critère d'adjudication et contribuer à leur diffusion.

52 L'adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation en ce qui concerne la détermination de la méthode de calcul. Il peut notamment définir quelles phases du cycle de vie et quels coûts environnementaux externes il souhaite prendre en considération (ceux-ci étant expressément mentionnés en droit européen des marchés publics, à l'art. 68 par. 2 de la directive 2014/24/UE) et accorder à certains facteurs polluants davantage de poids qu'à d'autres. Les documents d'appel d'offre doivent mentionner la méthode d'évaluation qu'il est prévu d'appliquer aux CCV ainsi que leur pondération approximative.

5. Coûts sociaux externes

53 Ni la LMP, ni la réglementation détaillée du CCV adoptée dans la directive européenne ne font mention des coûts sociaux externes. La question de savoir si ces coûts peuvent être pris en considération dans l'analyse des CCV fait l'objet d'une controverse doctrinale. Quoi qu'il en soit, à l'heure actuelle, la tarification des coûts sociaux externes est également sujette à de nombreuses incertitudes d'un point de vue économique. Les considérations sociales ayant un lien avec l'objet du marché, y compris les préoccupations se rapportant aux coûts sociaux externes, peuvent en tous cas être prises en compte en dehors des CCV, en tant que critère d'adjudication.

I. Description des prestations incluant les spécifications techniques et les conditions d'exécution

54 Le pouvoir adjudicateur doit décrire l'objet du marché dans l'appel d'offres et dans les documents d'appel d'offres (art. 35 let. c et 36 let. b et h LMP). La description des prestations doit

indiquer les spécifications techniques ainsi que les autres modalités et conditions nécessaires à l'établissement des offres. Par description des prestations, on entend toutes les exigences requises concernant la prestation à fournir. Alors que le droit suisse des marchés publics contient seulement des dispositions exhaustives en ce qui concerne les spécifications techniques (art. 30 LMP), le droit européen s'intéresse plus largement à la description des prestations et en examine plusieurs aspects de manière approfondie: l'art. 70 de la directive 2014/24/UE régit les conditions d'exécution, tandis que les art. 43 et 44 portent sur les labels, les rapports d'essai, les certifications et les autres moyens de preuve. Les art. 43 et 44 de la directive 2014/24/UE s'appliquent non seulement aux spécifications techniques et aux conditions d'exécution, mais encore aux critères d'adjudication. De manière générale, la directive européenne sur les marchés publics est nettement plus détaillée que les dispositions de la LMP.

- 55 La notion de spécifications techniques est comprise dans un sens large par la LMP; elle englobe également les exigences techniques concernant par exemple les caractéristiques, les fonctions et les paramètres de performance. Des spécifications techniques peuvent aussi être expressément prévues dans le but de *préserver les ressources naturelles ou de protéger l'environnement* (art. 30 al. 4 LMP). Sont également admissibles les spécifications techniques à visée écologique qui se rapportent au *processus de fabrication, bien qu'elles ne transparaissent pas dans le produit final*, à condition d'avoir un lien objectif avec l'objet du marché.
- 56 Les exigences à visée sociale peuvent être fixées sans autre en tant que spécifications techniques si elles se rapportent aux *caractéristiques physiques* de la prestation acquise ou de son utilisation: il peut par ex. s'agir des propriétés d'un bâtiment public assurant un accès aux personnes handicapées, de l'accessibilité d'appareils techniques ou encore de la garantie d'une «conception pour tous les utilisateurs». A notre avis, les *aspects sociaux qui se rapportent à la fabrication et ne se retrouvent pas physiquement dans le produit* peuvent aussi être fixés en tant que spécifications techniques. A titre d'exemple, on citera les conditions de travail équitables et le commerce équitable. Ce point de vue est étayé par le fait que sur le marché, de tels produits sont distingués des produits qui ne remplissent pas ces exigences, notamment lorsqu'ils sont munis d'un label correspondant. Il s'agit donc de produits différents dans les échanges économiques et l'adjudicateur, qui dispose d'une liberté d'achat, a le loisir de décider quel type de produits il préfère acquérir.
- 57 Dans l'UE, depuis l'arrêt Max Havelaar rendu par la CJUE, il est considéré que les exigences sociales se rapportant à la fabrication et ne se retrouvant pas physiquement dans le produit doivent être qualifiées de conditions d'exécution et non pas de critères d'aptitude. En droit européen, cela a toutefois pour principale conséquence l'application de prescriptions moins restrictives. La transposition de ces réflexions en droit suisse des marchés publics ne reviendrait pas à exclure la possibilité de fixer de tels critères comme conditions impératives; il faudrait alors les attribuer aux autres aspects de la description des prestations (en dehors des spécifications techniques). Ainsi, eu égard à la situation juridique dans l'UE, il semble qu'en Suisse aussi, il soit admissible d'inclure les aspects sociaux de la fabrication d'un produit dans la description des prestations en tant que condition impérative.

- 58 L'autorité adjudicatrice dispose d'un *large pouvoir d'appréciation* pour déterminer l'objet du marché et donc également les spécifications techniques. En ce qui concerne la question du lien avec l'objet du marché, voir plus haut.
- 59 Les spécifications techniques sont en concurrence avec les objectifs visant à promouvoir une concurrence efficace et équitable ainsi que l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires. C'est la raison pour laquelle le *principe de non-discrimination* revêt une grande importance dans le contexte des spécifications techniques. Mais au vu des dispositions contenues dans la LMP et dans l'AMP, il est clair aujourd'hui que les spécifications techniques ne peuvent pas déjà être considérées comme entraînant une discrimination ou une distorsion de la concurrence du simple fait qu'elles se rapportent au processus de fabrication et ne se retrouvent pas matériellement dans le produit.
- 60 Pour illustrer les conditions d'exécution ayant trait au développement durable, on peut d'abord se référer aux exemples cités dans le cadre des critères d'adjudication étant donné la grande similitude des conditions exigées dans les deux cas. On peut y ajouter d'autres exemples conformes au droit européen: la livraison des biens achetés en train ou en véhicule électrique, ou encore des conditions particulières concernant l'élimination des déchets. Les considérants de la directive 2014/24/UE admettent de nombreuses raisons pour motiver l'exigence de conditions d'exécution: la promotion de l'égalité des hommes et des femmes au travail, une plus grande participation des femmes au marché du travail et la conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée, la protection de la santé du personnel participant au processus de production, la protection de l'environnement ou le bien-être animal, l'emploi de chômeurs de longue durée et un recrutement plus important de personnes défavorisées. Conformément au considérant 88 de la directive 2014/24/UE, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que des mesures ou systèmes de gestion environnementaux soient mis en œuvre durant l'exécution d'un marché public. La production biologique de denrées alimentaires est aussi admise en tant que spécification technique se rapportant à la fabrication.

J. Certifications

- 61 L'adjudicateur peut s'appuyer sur des systèmes de certification reconnus sur le plan international pour définir les aspects écologiques et sociaux que doivent revêtir les critères d'adjudication et les spécifications techniques, ainsi que pour évaluer leur respect. Cela permet de simplifier les contrôles et les processus d'évaluation. De même, des systèmes de certification reconnus sur le plan international peuvent servir de référence pour contrôler l'observation des conditions de participation – soit le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail, de l'égalité salariale entre femmes et hommes et du droit de l'environnement.
- 62 Le message concernant la révision totale de la LMP précise que pour un produit proposé non certifié, il faudrait toujours admettre les preuves relatives au respect d'exigences équivalentes. Selon le message, lorsqu'un soumissionnaire ne peut fournir de certificat, l'adjudicateur pourrait par exemple procéder à une analyse des risques et, si celle-ci met en évidence un risque

(par ex. lorsque le lieu d'exécution des prestations est situé à l'étranger), faire effectuer un audit. Il va sans dire que le coût potentiellement engendré pour le pouvoir adjudicateur peut être élevé, ce qui pourra dissuader ce dernier de recourir aux critères de durabilité. Comme le droit européen ne reconnaît les preuves alternatives que lorsqu'elles sont également fournies par des certificats d'autres organismes de certification équivalents (art. 44 par. 1 al. 2 directive 2014/24/UE), il faut partir du principe qu'une telle solution est compatible avec l'AMP. En ce qui concerne les systèmes de gestion environnementaux, le Tribunal administratif fédéral a relevé que le pouvoir adjudicateur peut prévoir dans les documents d'adjudication que seuls les certificats délivrés par des tiers seront admis et que les déclarations des soumissionnaires ne lui suffisent pas. Ainsi, le fait que l'autorité adjudicatrice limite la fourniture des preuves alternatives aux certificats délivrés par d'autres organismes de certification équivalents devrait aussi être admissible en droit suisse des marchés publics.

K. Labels

63 Le nouveau droit des marchés publics ne contient encore aucune disposition spécifique concernant les labels. Conformément aux règles jusqu'ici en vigueur, les labels peuvent être exigés comme spécifications techniques et comme critères d'adjudication. Ils sont également admissibles en tant que critères d'aptitude lorsque cela se révèle approprié. Les labels peuvent aussi être utilisés pour prouver le respect des conditions de participation.

64 Comme cela a été démontré, il y a de bonnes raisons d'interpréter largement le lien avec l'objet du marché, qui est aussi exigé concernant les labels, et d'admettre les labels posant certaines exigences à l'égard de toute l'entreprise, dans la mesure où une fabrication socialement et/ou écologiquement durable de la prestation demandée ne peut pas raisonnablement être séparée de certains aspects relevant du comportement général de l'entreprise, comme c'est le cas du respect des conditions de travail fondamentales ou des droits de l'homme.

65 Etant donné que le législateur suisse avait la volonté de permettre l'acquisition de produits issus du commerce équitable, il y a lieu de présumer qu'il entendait autoriser les labels correspondants. Cela plaide en faveur d'une compréhension large de la notion de lien avec l'objet du marché. Ainsi, aux conditions mentionnées, il est possible d'exiger et d'évaluer des labels qui comprennent aussi des exigences concernant la bonne conduite générale de l'entreprise, si cela est nécessaire pour atteindre une fabrication de l'objet du marché qui soit socialement responsable et respectueuse de l'environnement.

66 Les labels FSC et PEFC visant à améliorer l'exploitation durable des forêts constituent de bons exemples de labels pouvant être utilisés dans ce contexte.

L. Innovation

67 A deux reprises, la LMP fait expressément référence à l'innovation: d'une part, l'art. 29 al. 1 LMP inclut le «caractère innovant» dans son énumération des critères d'adjudication pos-

sibles, d'autre part, l'art. 24 al. 1 mentionne la «procédure d'adjudication portant sur des prestations innovantes» comme l'une des trois conditions alternatives à remplir pour pouvoir engager un dialogue. Le caractère innovant en tant que critère d'adjudication permet de tenir compte du fait que les techniques innovantes et ménageant les ressources sont plus économiques à long terme. Ainsi, le caractère innovant est compris comme un élément du critère de la rentabilité et, dans cette mesure, il sert l'aspect économique de la durabilité. En outre, l'innovation a un rôle important à jouer car elle est à même d'apporter des réponses aux défis écologiques et sociaux.

68 Ni la LMP, ni le message ne définissent ce qu'il faut entendre par caractère innovant, ou comment l'évaluer en tant que critère d'adjudication. Pour une description de la notion d'innovation au sens du droit sur les marchés publics, il semble utile de se référer à la définition légale contenue à l'art. 2 par. 1 ch. 22 directive 2014/24/UE, selon lequel il faut entendre par «innovation» la mise en œuvre d'un produit, d'un service ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré. En font partie les procédés de production ou de construction, les nouvelles méthodes de commercialisation ou les nouvelles méthodes organisationnelles dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise. Sont incluses dans cette définition non seulement les innovations techniques, mais aussi, par exemple, les propositions de solutions nouvelles ou sensiblement améliorées. Peuvent aussi être considérés comme innovants les produits n'ayant pas encore trouvé leur place sur le marché ou n'y étant représentés que de manière insuffisante. Parmi les exemples concrets d'innovations ayant pu être promues avec succès dans le domaine des marchés publics, on peut citer les méthodes de travail socialement et écologiquement innovantes, les matériaux innovants d'un point de vue écologique ou encore les technologies innovantes. Les caractéristiques innovantes au sens de la directive européenne se distinguent par leur opportunité et leur utilité. Elles entraînent une simplification, une amélioration ou une hausse de l'efficacité, ou encore permettent de mener à bien de nouvelles tâches. Grâce à ce critère d'adjudication, on peut par exemple tenir compte de certains avantages présentés par une offre qui dépassent les standards actuels du marché. Les propriétés innovantes peuvent se recouper avec les critères écologiques et sociaux, puisque ces derniers peuvent aussi s'étendre aux innovations.

69 En promouvant l'innovation, le droit européen des marchés publics a notamment pour but d'aider à relever des défis sociétaux ou à soutenir la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive. Mais à l'image du droit suisse des marchés publics, le droit européen ne fournit aucune indication claire quant à la manière d'appliquer et d'évaluer le critère de l'innovation.

70 Il est préférable de promouvoir les innovations à l'aide d'autres critères d'adjudication tels que les CCV ou le ménage des ressources et en utilisant d'autres outils, comme par exemple les appels d'offres fonctionnels, l'admission de variantes, les *concours et mandats d'études parallèles*, ou encore le dialogue. Il est regrettable que la LMP exige des soumissionnaires qu'ils présentent, en plus de variantes, une offre de base établie conformément à l'appel d'offres, car cette contrainte légale représente un frein à l'innovation. L'auteur d'une offre innovante augmente considérablement ses chances de se voir adjudger le marché en se référant

au critère d'adjudication des CCV, car si les solutions innovantes ont souvent un prix d'achat ou de construction plus élevé, elles peuvent en revanche se révéler plus avantageuses si on les prend en compte pendant toute la durée de leur cycle de vie. Les maisons Minergie en sont une illustration. Enfin, le contrat-cadre (art. 25 LMP) peut également se révéler un moyen approprié en matière d'innovation.

- 71 Au sein de l'UE, le partenariat d'innovation permet d'adjuger un marché visant au développement d'un produit innovant qui n'est pas encore disponible sur le marché et à l'acquisition ultérieure de tels produits, ces deux étapes étant réunies en une seule procédure d'adjudication (art. 31 directive 2014/24/UE). Si cet instrument n'existe pas en tant que tel en droit suisse, il présente des similitudes avec la possibilité que l'art. 21 al. 2 let. f LMP offre à l'adjudicateur d'acheter, lors d'une procédure de gré à gré, de nouvelles marchandises (prototypes) ou des prestations d'un nouveau genre qui ont été produites ou mises au point à sa demande dans le cadre d'un marché de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original. Cependant, l'art. 21 LMP ne permet pas de combiner un mandat de recherche et l'acquisition du produit développé au sein d'une seule procédure d'adjudication.
- 72 Enfin, le considérant 74 de la directive européenne, auquel il est fait référence dans l'arrêt de la CJUE *Roche Lietuva*, mérite aussi d'être pris en considération dans la pratique d'adjudication appliquée en Suisse. Selon ce considérant, il est nécessaire que les spécifications techniques permettent d'ouvrir les marchés publics à la concurrence et d'atteindre les objectifs de durabilité. A cet effet, il devrait être possible de présenter des offres reflétant la diversité des solutions techniques, des normes et des spécifications techniques existant sur le marché.