

Organisation : \_\_\_\_\_

Département fédéral des finances  
Office fédéral des constructions et de la logistique  
Holzikofenweg 36  
3003 Berne

Lieu : \_\_\_\_\_

Date :

## **Procédure de consultation concernant l'avant-projet et le Rapport explicatif sur la révision de la loi fédérale sur les marchés publics (avant-projet du 30 mai 2008)**

Position de : \_\_\_\_\_

### **1. Introduction**

Par la révision de la loi, le Conseil fédéral vise à moderniser, à rendre plus efficaces et à harmoniser partiellement les marchés publics. Chaque année, la Confédération, les cantons et les communes dépensent environ 34 milliards de francs en constructions, biens et services, ce qui représente, selon le Conseiller fédéral Merz, un quart des dépenses totales de l'Etat. Il s'agit par conséquent d'une révision législative importante, forte d'une dimension d'exemplarité.

Cette révision offre au Conseil fédéral la possibilité de mettre en pratique sa *Stratégie pour le développement durable*<sup>1</sup> qu'il a adoptée en avril dernier. Dans les *Lignes directrices et plan d'action 2008-2011* de cette stratégie, il est dit : « La Confédération elle-même est appelée à montrer l'exemple, par sa façon de consommer et d'acheter, en demandant des produits et en réalisant des ouvrages édifiés en conformité avec les exigences de l'économie, de l'environnement, de la santé et de la responsabilité sociale » (point 4 du chapitre 3.2).

Mais un tel objectif ne peut être atteint que si le Conseil fédéral fixe les bases juridiques appropriées dans la législation. Le projet de consultation susmentionné ne satisfait pas à cette exigence, même si quelques améliorations ponctuelles sont à saluer.

Dans sa réponse ci-jointe à la procédure de consultation, le/la signataire exige que l'ensemble de la chaîne des marchés publics soit équitable, c'est-à-dire que l'Etat respecte des critères économiques, écologiques et sociaux et contrôle leur mise en œuvre sur toute la chaîne de production. Le droit des marchés publics doit garantir que la concurrence globale ne se produise pas « aux dépens de l'environnement et de l'équité des conditions de travail » (*ibid.*) La révision de la loi doit tenir compte du changement de comportement des consommateurs, qui demandent de plus en plus de produits issus du commerce équitable. Elle doit également tenir compte de l'évolution du droit dans l'espace européen: la législation de l'Union européenne et celle de plusieurs de ses membres vont en effet plus loin en matière d'exigences écologiques et sociales<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> <http://www.are.admin.ch/themen/nachhaltig/00262/00528/index.html?lang=fr>

<sup>2</sup> Voir art. 26 de la directive 2004/18/CE ; décision du Cabinet fédéral allemand du 21.05.2008 <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/oeffentliche-auftraege.html>

Par ses revendications, le/la signataire ne souhaite en aucun cas favoriser le protectionnisme. Sa demande vise à établir des critères clairs pour soutenir des conditions de production écologiques et socialement responsables sur le marché mondial. Ces critères sont nécessaires pour mettre en oeuvre les principes de l'égalité de traitement et de la non-discrimination, sans engendrer parallèlement un dumping social. Ces critères constituent également une condition décisive pour réduire la pauvreté et réaliser les Objectifs du Millénaire pour le développement (Millenium Development Goals).

Le/la signataire va s'engager pour que ces revendications soient réellement prises en compte dans la révision de la loi fédérale sur les marchés publics.

Avec nos meilleures salutations,

Membre de la direction

Autre signataire

## 2. Commentaire et demande de modification de quelques dispositions

### 2.1. Article 25

#### Projet

#### **Art. 25 Absence de preuves du respect des exigences légales**

<sup>1</sup> L'adjudicateur exclut de la passation du marché le soumissionnaire qui, sur demande, ne peut pas prouver qu'il respecte les exigences légales:

- a. le droit des assurances sociales ;
- b. les conditions de travail et les dispositions relatives à la protection des travailleurs fixées par l'Etat ;
- c. le principe de l'égalité salariale entre homme et femme;
- d. la législation sur la protection de l'environnement;
- e. l'obligation d'annonce et le régime d'autorisation prévu par le droit des étrangers

<sup>2</sup> Il exclut le soumissionnaire qui n'a pas imposé contractuellement le respect de ces exigences légales prévues, aux tiers auxquels il sous-traite des prestations.

<sup>3</sup> Les dispositions en vigueur au lieu où la prestation est exécutée sont en principe déterminantes. Les dispositions du lieu du siège ou de la filiale s'appliquent aux soumissionnaires qui ont leur siège ou leur filiale en Suisse, conformément à la loi fédérale du 6 octobre 1995<sup>3</sup> sur le marché intérieur. Si la prestation est exécutée à l'étranger, le soumissionnaire respecte au moins les conventions de l'Organisation internationale du travail<sup>4</sup>

#### Loi actuelle

#### **Art. 8 Principes**

<sup>1</sup> Les principes ci-après doivent être observés lors de la passation de marchés publics:

- a. l'adjudicateur veille à l'égalité de traitement des soumissionnaires suisses et étrangers dans toutes les phases de la procédure;
- b. pour les prestations fournies en Suisse, il n'adjudge le marché qu'à un soumissionnaire observant les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail. Les prescriptions en vigueur au lieu où la prestation est fournie sont déterminantes;
- c. il n'adjudge le marché qu'à un soumissionnaire garantissant à ses salariés l'égalité de traitement entre femmes et hommes, sur le plan salarial, pour les prestations fournies en Suisse;
- d. il s'engage à observer le caractère confidentiel de toutes les indications fournies par les soumissionnaires. Sont réservées les informations publiées après l'adjudication ainsi que les renseignements donnés conformément à l'art. 23, al. 2 et 3.

<sup>2</sup> L'adjudicateur est en droit de contrôler ou de faire contrôler l'observation des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et de l'égalité de traitement entre femmes et hommes. Sur demande, le soumissionnaire doit apporter la preuve qu'il les a respectées.

---

<sup>3</sup> SR 943.02

<sup>4</sup> Enumération de huit Conventions de l'OIT : Nr 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 et 182.

### 2.1.1. Commentaires

1. Nous saluons et soutenons la disposition de l'art. 25, al. 3 du projet, selon laquelle le soumissionnaire doit respecter au moins les conventions fondamentales de l'OIT si la prestation est exécutée à l'étranger. Le Conseil fédéral respecte ainsi la promesse qu'il a faite dans ses réponses à plusieurs interventions parlementaires<sup>5</sup>. Cette disposition est indispensable dans la mesure où il n'est en aucun cas tolérable que l'argent des contribuables suisses contribue à la violation du droit international du travail, un droit qui a une valeur contraignante. Elle est également nécessaire du point de vue de l'égalité de traitement entre soumissionnaires suisses et étrangers : il n'est pas acceptable que les soumissionnaires suisses, qui respectent les conventions fondamentales de l'OIT en obéissant à la législation suisse du travail, soient défavorisés par rapport aux soumissionnaires étrangers qui ne doivent pas ou insuffisamment tenir compte de ces dispositions, soit parce que celles-ci ne sont pas appliquées dans le pays de production, soit parce que ce dernier n'a pas encore ratifié les diverses conventions fondamentales de l'OIT (bien que les normes fondamentales de travail ont été reconnues comme droit international public contraignant par tous les membres de l'OIT, via l'approbation en juin 1998 de la « Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail ». Il en va ici du principe de non-discrimination.
2. Autant cette disposition est positive, autant il est problématique cependant que le projet de révision laisse totalement ouverte la question de sa *mise en œuvre* et celle des *possibilités de contrôle par l'adjudicateur*.

Le texte est à cet égard vague. L'al.1 stipule que les soumissionnaires peuvent être exclus en cas d'absence de preuve «du respect du droit des assurances sociales, des conditions de travail et des dispositions relatives à la protection des travailleurs fixées par l'État, du principe de l'égalité salariale entre homme et femme, de la législation sur la protection de l'environnement, de l'obligation d'annonce et du régime d'autorisation prévus par le droit des étrangers.» Selon le Rapport explicatif, ces dispositions donnent à l'adjudicateur la compétence d'exiger des preuves de la part d'un soumissionnaire. Mais la formulation du Rapport – « Il peut effectuer des contrôles chez le soumissionnaire ou faire en sorte que de tels contrôles soient effectués » – ne représente pas, à notre avis, une base juridique suffisante.

Dans la loi actuelle une compétence de contrôle existe. Elle est détaillée à l'art. 8, al. 2 (voir plus haut). Nous sommes d'avis que cette compétence de contrôle doit également être reprise dans la nouvelle loi. Cela, non seulement en lien avec les dispositions de l'al.1, mais aussi avec celles des al. 2 et 3. Dans le cas contraire, c'est-à-dire sans mesures de vérification clairement exprimées dans le texte de loi, les dispositions quand au respect des lois nationales et internationales du travail

---

<sup>5</sup> Voir par exemple la réponse du 28.09.2007 du Conseil Fédéral à la motion Müller-Hemmi (07.3540). « Le Conseil Fédéral a en outre confirmé son intention de prendre en compte les aspects sociaux et écologiques du problème dans la révision en cours du droit des marchés publics. Ainsi, il s'agira notamment de demander aux soumissionnaires fabriquant leurs produits à l'étranger qu'ils exigent le respect des conditions nationales et internationales de protection des travailleurs imposées dans le pays de production. De plus, pour qu'un standard minimal soit garanti indépendamment des diverses réglementations nationales spécifiques, il sera exigé explicitement qu'au moins huit des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) pour la protection des normes fondamentales du travail, ratifiées par la Suisse, soient respectées par les fournisseurs.» Voir aussi les réponses du Conseil Fédéral à : Question Brunner Toni (03.1017), Question Garbani Valérie (05.1125), Motion Allemann Evi (06.3850), Interpellation John-Calame Francine (07.3224).

risquent de rester lettre morte. Il est tout à fait possible de reprendre ici la formulation de l'art. 8, al. 2 de la loi actuelle.

### **2.1.2. Requête**

Sur la base du commentaire ci-dessus, l'article 25 doit être complété par la nouvelle disposition suivante (en gras) :

#### **« Article 25**

#### **Absence de preuve du respect des exigences légales**

[...]

**<sup>4</sup> L'adjudicateur est en droit de contrôler ou de faire contrôler l'observation des dispositions relatives aux alinéas 1 à 3.**

### **2.1.3. Commentaire supplémentaire**

Nous aimerions à cette occasion attirer l'attention sur l'importance de la mise en œuvre de cette disposition juridique au niveau de l'ordonnance d'application. L'ordonnance actuellement en vigueur du 11 décembre 1995 sur les marchés publics<sup>6</sup> contient des dispositions concrètes en relation avec la mise en œuvre de l'art. actuel 8, al. 1, let. b et c :

#### **Art. 6 Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et respect des conditions de travail**

1 L'adjudicateur prescrit dans le contrat que les soumissionnaires:

- a. doivent observer les principes mentionnés à l'art. 8, al. 1, let. b et c, de la loi;
- b. doivent obliger par contrat leurs sous-traitants à observer les principes mentionnés à l'art. 8, al. 1, let. b et c, de la loi.

2 Les autorités d'exécution prévues par la législation sur le droit du travail contrôlent le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs. L'adjudicateur peut consulter lesdites autorités avant d'adjuger le marché.

3 L'adjudicateur peut effectuer ou faire effectuer des contrôles en matière de conditions de travail. Il peut confier cette tâche à une autorité de surveillance prévue par la législation sur le droit du travail ou à une autre instance compétente, notamment à un organe de contrôle paritaire créé en vertu d'une convention collective.

4 L'adjudicateur peut effectuer ou faire effectuer des contrôles en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes. Il peut notamment confier cette tâche aux bureaux fédéral, cantonaux ou communaux de l'égalité.

5 Pour assurer le respect des principes mentionnés à l'art. 8 de la loi, l'adjudicateur inclut des peines conventionnelles dans le contrat.

Nous attendons, pour la mise en œuvre de l'art. 25 de la nouvelle loi sur les marchés publics, des dispositions concrètes conséquentes au niveau de l'ordonnance.

Dans le cas d'une prestation exécutée à l'étranger, la preuve du respect des conventions fondamentales de l'OIT peut être démontrée notamment par le fait que:

- Le soumissionnaire dispose de son propre code de conduite, qui s'applique à toute sa chaîne de production. Ce code de conduite impose le respect des conventions

---

<sup>6</sup> RS 172.056.11

fondamentales de l'OIT par l'entreprise et par l'ensemble de ses fournisseurs, comme cela est déjà souvent le cas aujourd'hui dans l'économie privée.

- Ou que le soumissionnaire reprenne l'un des codes de conduite définis par l'administration publique et s'engage, par sa signature, à le respecter et à le faire tout au long de la chaîne de production.

A partir d'un certain seuil encore à définir (on pourrait facilement s'inspirer de l'art. 15 de l'Ordonnance sur les marchés publics), l'adjudicateur doit exiger des preuves du soumissionnaire. Cela signifie que l'administration doit exiger un contrôle interne et, si possible, une vérification externe du respect du code de conduite.

- Dans les domaines où des initiatives dites *multistakeholder*<sup>7</sup> existent, qui vérifient le respect des codes de conduite – par exemple, dans le secteur des textiles et des vêtements – les soumissionnaires peuvent adhérer à ces initiatives sur une base volontaire.
- Dans le cas d'entreprises ayant déjà un code de conduite, mais qui ne participent pas à une initiative *multi-stakeholder* l'administration publique est en droit de consulter les résultats des contrôles (audits), ainsi que de prendre connaissance des documents attestant des mesures de corrections mises en place par l'entreprise, respectivement son fournisseur, pour corriger les défaillances.
- Dans le cas d'entreprises n'ayant pas encore de code de conduite, l'administration publique exige du soumissionnaire qu'un audit soit effectué dans les usines de production lors du dépôt de l'offre.

Nous proposons de prévoir, dans la nouvelle ordonnance sur les marchés publics, les possibilités suggérées ci-dessus, afin d'appuyer la vérification du respect des conventions fondamentales de l'OIT.

## 2.2. Articles 31 et 32

### Projet

#### **Art 31 Critères de qualification**

1 L'adjudicateur fixe les critères permettant de contrôler les capacités professionnelles, techniques, économiques et organisationnelles du soumissionnaire.

2 Il se fonde notamment sur les critères prévus à l'annexe 2.

3 Il peut exiger du soumissionnaire qu'il apporte les preuves prévues à l'annexe 2.

#### **Art. 32 Critères d'adjudication**

1 L'adjudicateur fixe des critères d'adjudication pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 39, al. 2).

2 Les critères d'adjudication sont :

- a. monétaires: ils se réfèrent au coût de la prestation offerte, tels que le prix et les frais probables, en particulier les frais d'exploitation, d'entretien et d'élimination, pendant la durée de la prestation;
- b. non monétaires: ils se réfèrent à la qualité de la prestation offerte, tels que le caractère fonctionnel, le caractère esthétique, la valeur technique, la durée

---

<sup>7</sup> Nous pensons ici à des organisations indépendantes à but non lucratif, dont les organes de décision sont composés de manière équilibrée d'associations industrielles, de syndicats et d'organisations non gouvernementales.

d'exécution, le service après-vente, la compétence technique, l'efficacité de la méthode utilisée, le caractère innovateur et l'impact environnemental.

3 L'adjudicateur ordonne les critères et les pondère.

4 Si le marché porte sur des solutions ou des procédés, il prescrit au moins l'ordre de priorité des critères.

#### Loi actuelle

#### **Art. 9 Critères de qualification**

1 L'adjudicateur peut exiger des soumissionnaires des preuves attestant leurs capacités sur les plans financier, économique et technique. Il établit pour ce faire des critères de qualification.

2 Il publie les critères de qualification et la liste des preuves nécessaires dans l'appel d'offres ou les documents y relatifs.

#### **Art. 21 Critères d'adjudication**

1 Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Celle-ci est évaluée en fonction de différents critères, notamment le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère écologique et la valeur technique.

2 Les critères d'adjudication doivent figurer par ordre d'importance dans les documents concernant l'appel d'offres.

3 L'adjudication pour des biens largement standardisés peut se faire exclusivement selon le critère du prix le plus bas.

#### **2.2.1. Commentaires**

1. L'inclusion de critères écologiques dans le projet de loi tant au niveau des critères de qualification (art. 31, annexe 2) que des critères d'adjudication (art. 32, par. 2, al. b) est signe de cohérence et de transparence. Elle est à saluer, car elle permet à l'adjudicateur d'exiger des normes écologiques pour le soumissionnaire (Management environnemental) et pour la prestation effectuée. Comme c'est déjà courant dans la pratique, l'adjudicateur est ainsi autorisé à poser des conditions de durabilité écologique, définissables comme critères d'adjudication directement liés à la prestation ou au produit.

Selon une définition généralement admise, le concept de durabilité comprend deux autres piliers à côté de celui de l'écologie : un pilier social et un pilier économique. La disposition de l'art. 25, par. 3 du projet est clairement à soutenir, dans la mesure où elle exige d'une manière contraignante de la part des soumissionnaires étrangers le respect des conventions fondamentales de l'OIT ; ces dernières ne contiennent toutefois que des exigences minimales en matière de conditions sociales de travail. Ainsi, le projet de loi susmentionné n'autorise toujours pas un adjudicateur public à exiger le respect de normes sociales et économiques plus sévères, telles que définies par exemple dans le cadre du commerce équitable. Il est paradoxal que l'administration publique (en particulier le Secrétariat d'Etat à l'économie, Seco), qui promeut depuis des décennies le commerce équitable, ne soit pas autorisée à faire des appels d'offres pour des biens produits de façon économiquement et socialement

durable. Le paradoxe est d'autant plus flagrant que le Conseil fédéral avait souligné, dans sa stratégie pour le développement durable, en avril 2008, qu'il est important que l'administration publique constitue un exemple en matière de consommation<sup>8</sup>. Le principe de durabilité doit reposer sur une base légale claire. Et doit urgemment être mis en conformité avec les bases juridiques des marchés publics.

2. Dans un marché globalisé, le soumissionnaire en Suisse est souvent l'intermédiaire d'un bien produit à l'étranger. Sa prestation comprend surtout l'emballage et des services ainsi que certaines étapes de transformation (torréfaction du café, maturation des bananes, par exemple). Mais, à la base, le bien a été produit à l'étranger. Le produit acheté est donc composé à la fois d'une prestation du soumissionnaire et d'un bien fabriqué à l'étranger.

Le commerce équitable promeut des normes sociales et écologiques plus élevées ainsi que l'auto-organisation des petits paysans et des travailleurs. Si des conditions de production durables pour les biens provenant de l'étranger pouvaient être exigées dans le cadre des marchés publics, les administrations pourraient donc promouvoir ce type de commerce, équitable.

La volonté d'inclure la durabilité, dans sa dimension sociale est exprimée à plusieurs reprises dans le projet de révision de la loi sur les marchés publics, mais de façon contradictoire.

a) Une réflexion concernant les conditions de production d'un bien se trouve à l'art. 25, par. 3 : lorsqu'une marchandise est produite à l'étranger (textiles, par exemple), le lieu de la prestation est le pays de production<sup>9</sup>. Dans le Rapport explicatif, ce point est complété ainsi: «L'adjudicateur est en principe libre d'exiger des soumissionnaires par contrat qu'ils observent d'autres exigences.» L'exigence de critères supplémentaires – sociaux et écologiques, par exemple – pour les conditions de production d'un bien importé seraient donc possible, mais uniquement sur une base contractuelle et non en tant que critères de sélection. Une telle réglementation n'est pas transparente et contraire à l'objectif de la révision, c'est-à-dire à l'égalité de traitement entre soumissionnaires.

b) Ailleurs, à l'art. 30, le Rapport explicatif considère comme bienvenus des critères d'évaluation liés aux prestations, qui ont des retombées à la fois économiques, sociales ou environnementales positives, pour autant qu'ils soient pertinents pour le marché public, c'est-à-dire qu'il existe un lien direct et concret<sup>10</sup>.

c) Et au chapitre 9 (conséquences) du Rapport explicatif les contradictions du projet de loi en matière de durabilité réapparaissent clairement. Certes, il est fait mention que les critères d'adjudication définissent les conditions-cadres répondant à des exigences *économiques, sociales et écologiques* élevées. Toutefois, la phrase

---

<sup>8</sup> Au point 4 du chapitre 3.2. de sa *Stratégie pour le développement durable : lignes directrices et plan d'action 2008-2011* approuvée en avril 2008, le Conseil fédéral souligne le rôle de modèle que la Confédération doit jouer en achetant des produits qui respectent tout au long de leur cycle de vie des standards élevés en matière économique, écologique et sociale : « La production de biens et de services est soumise à une forte pression concurrentielle et se déroule dans un contexte mondialisé. La consommation augmente au niveau planétaire. Le danger que cette évolution se produise aux dépens de l'environnement et de l'équité des conditions de travail est réel. Le défi consiste à orienter la fabrication et la consommation de produits (biens, services, constructions) de sorte qu'ils répondent tout au long de leur cycle de vie à des exigences économiques, environnementales et sociales élevées. Le respect de ces exigences peut réduire tant les dépenses que les coûts externes, par exemple dans le domaine de la santé. Il s'agit donc de mettre en œuvre, avec des moyens adéquats, la décision de l'ONU co-initiée et cosignée par la Suisse, qui établit un programme cadre décennal d'encouragement de modalités de production et de consommation durables. Les consommateurs peuvent fournir une contribution importante par leur demande de produits durables. La Confédération elle-même est appelée à montrer l'exemple, par sa façon de consommer et d'acheter, en demandant des produits et en réalisant des ouvrages édifés en conformité avec les exigences de l'économie, de l'environnement, de la santé et de la responsabilité sociale. »

<sup>9</sup> Rapport explicatif, art. 25, al. 3 : reprendre le texte déjà existant en français.

<sup>10</sup> Rapport explicatif, art. 30 : reprendre le texte déjà existant en français.

suiuante précise que l'on n'envisage ici que les répercussions sur l'*environnement*<sup>11</sup>. Cela veut dire que le projet de loi, bien qu'il reconnaisse la nécessité d'un marché public intégralement durable, ne permet toujours pas d'exiger des critères sociaux et économiques pour une prestation.

3. Les règles juridiques concernant les marchés publics devraient prendre en compte les changements intervenus dans la société et dans les attentes des consommateurs. Dans le cas de différents produits, notamment agricoles et textiles, la plupart des consommateurs sont devenus conscients du lien direct qui existe entre un bien et ses conditions sociales de production, même si celles-ci ne se reflètent pas physiquement dans la marchandise. Cette manière de voir s'est largement implantée avec les produits du commerce équitable.

En outre, le volume actuel et le développement du commerce équitable remplissent les exigences d'une concurrence ouverte et transparente. Tant au niveau national qu'international, un nombre important et croissant de fournisseurs offrent des produits équitables. Chaque fournisseur est libre d'adhérer au système de contrôle du commerce équitable. A l'instar d'autres normes établies sur un plan global, le commerce équitable se réfère à des directives reconnues au niveau international, fixées de manière transparente et contrôlées par des instances indépendantes. Ces standards peuvent être repris de manière cohérente par les administrations publiques et communiquées clairement. Enfin, le commerce équitable, ainsi que d'autres initiatives commerciales contrôlées par des instances indépendantes, se sont révélés des moyens efficaces de mettre en pratique les aspirations de la Confédération en matière de développement durable, de réduction de la pauvreté et de réalisation des Objectifs du Millénaire pour le développement.

4. Les développements intervenus dans l'espace européen sont également à prendre en considération. Ainsi, dans son Rapport sur le commerce équitable et le développement (2005/2245 (INI)), le Parlement européen encourage les administrations publiques européennes à intégrer des critères du commerce équitable dans leurs politiques d'achats publics. Dans l'art. 26 de la Directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de l'Union européenne, une réglementation progressiste a été négociée, selon laquelle l'adjudicateur a le droit de prescrire des exigences supplémentaires, en particulier sociales et écologiques, lors de l'exécution d'une prestation<sup>12</sup>. Les premiers cas de jurisprudences défendent l'idée selon laquelle sont autorisées les conditions qui ne se rapportent pas directement à la prestation, mais qui sont liées de manière claire et concrète au produit lui-même (par exemple, l'arrêt C-448/01 de la Cour de justice des communautés européennes dans l'affaire Wienstrom). De même, un projet de loi pour la modernisation du droit d'adjudication des marchés publics, approuvé le 21 mai 2008 par le Cabinet fédéral allemand, permet d'imposer des exigences sociales au soumissionnaire, « pour autant qu'elles soient en lien direct avec l'objet du mandat et qu'elles résultent du cahier des charges pour la prestation »<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Rapport explicatif, chapitre 9.2.2. Reprendre le texte déjà existant en français.

<sup>12</sup> Art 26, sur les Conditions d'exécution du marché : « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales », Journal officiel de l'Union européenne, L 134/114, 30.4.2004, p. 21.

<sup>13</sup> Voir <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/oeffentliche-auftraege.html>, nouvelle version proposée de l'art. 97, par. 4 (en allemand).

Ces réflexions révèlent clairement la nécessité d'élaborer une base juridique transparente, où l'adjudicateur est habilité à exiger des critères de production socialement durable ainsi qu'issus du commerce équitable, pour autant qu'ils aient un lien concret avec la prestation ou le produit. La différenciation entre critères d'adjudication monétaires et non monétaires, qui est faite dans le projet de révision, ne va pas assez loin, puisque ces deux catégories se réfèrent uniquement à des critères ayant un lien direct avec le produit. Il convient, au contraire, de comprendre la durabilité sociale et le commerce équitable comme des dimensions liées indirectement à la prestation ou au produit ; il en découle une différenciation entre les critères d'adjudication ayant un « lien direct à la prestation » et ceux ayant un « lien indirect à la prestation ». Les aspects monétaires et non monétaires sont deux sous-catégories des critères d'adjudication directement liés à la prestation. Une telle nouvelle différenciation, plus claire, permettrait de dissiper les zones grises actuelles de la loi ainsi que de combattre les risques de non-transparence, de protectionnisme ou de discrimination à l'égard des soumissionnaires.

Par conséquent, nous demandons d'adapter urgemment l'art. 32, par. 2 du projet de la nouvelle loi à cette différenciation. Pour des raisons de cohérence entre critères de qualification (art. 31) et critères d'adjudication (art. 32), nous recommandons également de compléter l'annexe 2 de l'art. 31, par. 2 et 3 conformément à la requête 2.

### 2.2.2. Requête 1

L'article 32, par. 2 doit être modifié de la manière suivante :

#### « Article 32 Critères d'adjudication

[...]

<sup>2</sup> Les critères d'adjudication sont :

**a. directement liés à la prestation** : ils se réfèrent d'une part au coût de la prestation offerte, tels que le prix et les frais probables, en particulier les frais d'exploitation, d'entretien et d'élimination, pendant la durée de la prestation, ; ils se réfèrent d'autre part à la qualité de la prestation offerte, tels que le caractère fonctionnel, le caractère esthétique, la valeur technique, la durée d'exécution, le service après-vente, la compétence technique, l'efficacité de la méthode utilisée, le caractère innovateur et l'impact environnemental.

**b. indirectement liés à la prestation** : ils se réfèrent à des critères ayant un lien concret avec la prestation, mais sans qu'ils se manifestent directement dans la prestation, tel que notamment les aspects sociaux dans le processus de production de la prestation, ainsi que les aspects économiques dans les relations commerciales.

(...)

Dans le message du Conseil fédéral aux Chambres fédérales sur la révision de la loi fédérale sur les marchés publics, il convient de souligner les points suivants en relation avec l'art. 32, par. 2 :

En permettant l'introduction de standards sociaux et commerciaux comme critères d'adjudication indirectement liés à la prestation, le nouveau droit sur les marchés publics, en tant que loi moderne, tiendrait compte des évolutions de la dernière décennie.

L'administration publique pourrait ainsi jouer un rôle de modèle pour une politique d'achats durable également dans le domaine des produits d'importation. Les critères d'adjudication indirectement liés à la prestation sont à formuler conformément à des standards reconnus

généralement, fiables et contrôlables. Des labels de qualité spécifiques peuvent être mentionnés à titre d'exemple, mais les critères de base doivent être, d'une autre manière, décrits suffisamment clairement et des normes équivalentes doivent être acceptées.

Par « aspects sociaux dans le processus de production », on peut comprendre, par exemple, le respect de la durée maximale de travail (au sens de la Convention n° 1 de l'OIT de 1919, qui limite le temps de travail dans les établissements industriels à huit heures par jour et 48 heures par semaine ) et des compensations appropriées pour les heures supplémentaires, un salaire assurant une existence digne (au sens du préambule de la Constitution de l'OIT<sup>14</sup>), des prix justes, la sécurité et la santé au travail (selon la Convention n° 155 de l'OIT du 22 juin 1981 sur la sécurité et la santé des travailleurs) ; l'accès aux représentants des travailleurs pour tous les travailleurs (selon la Convention n° 135 de l'OIT et la Recommandation 143 du 23 juin 1971 concernant la protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et les facilités à leur accorder) ainsi que des relations de travail réglementés juridiquement. Ces critères et d'autres comme des relations stables à long terme avec les producteurs et la participation de ces derniers à la fixation des standards de commerce équitable, ou encore le développement des capacités (empowerment) des producteurs, des travailleurs, de leurs organisations ainsi que des communautés concernées, favorisent l'élévation des normes sociales et écologiques.

### 2.2.3. Requête 2

Pour des raisons de cohérence entre critères de qualification (art. 31) et critères d'adjudication (art. 32), l'annexe 2 de l'art. 31, par. 2 et 3, doit être complétée ainsi :

La capacité des soumissionnaires est évaluée en particulier en fonction des critères et des preuves à fournir suivants :

<b>Critères</b>	<b>Preuves</b>
[...]	[...]
Durabilité	Mesures prises pour garantir la qualité Système de gestion environnemental Système de gestion social (nouveau)
[...]	[...]

<sup>14</sup> « Adequate living wage », traduit en français par « la garantie d'un salaire assurant des conditions d'existence convenables ».