

La prise en compte des aspects sociaux dans le nouveau droit des marchés publics

***Marc Steiner,
Juge administratif fédéral****

**L'orateur exprime son opinion personnelle*

12 mars 2023

Le droit des marchés publics de l'OMC ne joue pas les trouble-fête

Les déclarations élogieuses de l'OMC sur l'AMP 2012 confirment indirectement qu'il n'y a pas eu de consensus sur la question de savoir si et dans quelle mesure l'AMP devrait être explicitement développé en ce qui concerne les aspects sociaux.

Cela ne signifie toutefois pas, au sens d'un silence qualifié, que la prise en compte des aspects sociaux est fondamentalement incompatible avec l'AMP 2012. Les conséquences pour les directives de l'UE de 2014 seraient en effet inimaginables. Il faut plutôt voir dans le silence de l'accord une "constructive ambiguity" (Marc Steiner, in : Lausen/Müller (éd.), Handbuch Nachhaltigkeit im Vergaberecht, Verlag C.H.Beck, München [voraussichtlich im April] 2024).

UE : La prise en compte des aspects sociaux fait-elle partie des marchés publics ?

"Total cost of ownership" est plus que le prix d'achat payé par le pouvoir adjudicateur. Le meilleur rapport qualité-prix ne correspond pas au prix le moins cher.

Un produit qui a été mis sur le marché dans des conditions inéquitables ... laisse un arrière-goût amer (Juliane Kokott, avocate générale de la CJCE ; affaire Max Havelaar).

L'achat écologique n'a pas besoin d'être avantageux en termes monétaires (affaires Helsinki Bus et Wienstrom de la CJCE).



Art. 12 al. 2 LMP/AIMP

- Pour les prestations à fournir à l'étranger, l'adjudicateur n'adjuge un marché public qu'aux soumissionnaires qui respectent au moins les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT), conformément à l'annexe 6. **L'adjudicateur peut en outre exiger le respect d'autres standards de travail internationaux importants** et la production des preuves correspondantes ainsi que convenir de la mise en place de contrôles.
(Concrétisé au niveau fédéral par l'art. 4, al. 2 de l'OMP).



Le critère d'attribution "durabilité" et la prise en compte des aspects liés au commerce équitable

La dimension sociale permet par exemple d'acheter des produits issus du commerce équitable [...] ou d'établir des prescriptions en matière de sécurité au travail (Message LMP, FF 2017 1788).

Jurisprudence du Tribunal administratif fédéral I

Arrêt B-1714/2022 du 19 septembre 2023

E. 11.7 "armasuisse Transportwagen" :

"Le nouvel art. 12 al. 4 LMP repose donc sur l'idée que les normes sociales et de travail doivent être respectées tout au long de la chaîne de livraison [...]".

Jurisprudence du Tribunal administratif fédéral II

Arrêt B-1714/2022 du 19 septembre 2023

E. 11.8 " armasuisse Transportwagen " :

"... le contrôle ne doit en aucun cas se limiter à la consultation des autodéclarations.

Plus une prestation partielle est pertinente pour l'ensemble du marché et plus une prestation partielle présente un risque pour la chaîne de livraison, plus il peut être indiqué d'aller au-delà de la consultation d'une autodéclaration".

Appel d'offres CFF selon les faits devant le TAF B-4165/2022

Pouvoir adjudicateur : la preuve ... devait être comprise dès le départ comme devant être apportée par **les fabricants**. Il ressortait déjà clairement de l'appel d'offres et des documents d'appel d'offres - donc avant la remise des offres - que la preuve du critère d'aptitude visait la responsabilité sociale des soumissionnaires tout au long de leur chaîne d'approvisionnement, y compris des éventuels fabricants.

Modèle d'appel d'offres armasuisse pour des vêtements de service civil ID de projet 245282

Réalisation d'un audit : le soumissionnaire/prestataire confirme qu'il est prêt à se faire contrôler, ainsi que ses entreprises partenaires, conformément à la chaîne de production déclarée dans l'autodéclaration du fournisseur, par l'autorité adjudicatrice ou par une entreprise d'audit indépendante (après avoir été mandaté par l'autorité adjudicatrice), à tout moment et sans préavis, pendant la procédure d'appel d'offres et pendant l'exécution éventuelle du contrat.