



UNIL | Université de Lausanne

IDHEAP

Institut de hautes études
en administration publique

Mathilde Ropraz

**La durabilité dans les marchés publics
en Suisse : Durabilité ou favoritisme ?**

Working paper de l'IDHEAP 3/2022

Unité Economie de la régulation

Mathilde Ropraz

**La durabilité dans les marchés publics en
Suisse : Durabilité ou favoritisme ?**

Une analyse des enjeux de l'adoption de l'AIMP 2019

MEMOIRE DE MASTER EN POLITIQUE ET MANAGEMENT PUBLICS (PMP)

Sous la direction de Laure Athias

et l'expertise de Marc Steiner

Juin 2022

UNIL

Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique

Institut de hautes études en administration publique (IDHEAP)

Working paper de l'IDHEAP 3/2022

Le texte intégral est disponible en ligne sur le dépôt institutionnel de l'UNIL :
<https://serval.unil.ch/>

The logo of the University of Lausanne (UNIL) is a stylized, handwritten-style word 'Unil' in blue.

UNIL | Université de Lausanne

IDHEAP

Institut de hautes études
en administration publique

Tables des matières

INTRODUCTION	6
<u>1. DROIT DES MARCHÉS PUBLICS EN SUISSE.....</u>	<u>9</u>
1.1 ÉVOLUTION DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS	9
1.1.1 PRÉ- 1995 : UNE LARGE DISCRÉTION LAISSÉE AUX POUVOIRS ADJUDICATEURS	9
1.1.2 1996 : UN PREMIER CHANGEMENT DE PARADIGME DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS MARQUÉ PAR L'OUVERTURE DES MARCHÉS, LA COMPÉTITION AXÉE SUR LE PRIX	10
1.1.3 RÉVISION DES BASES LÉGALES ET INTRODUCTION D'UN NOUVEAU PARADIGME	13
1.2 L'ACHAT PUBLIC DURABLE SELON LES NOUVELLES LÉGISLATIONS	15
1.2.1 CRITÈRE DE DURABILITÉ DANS L'ACCORD SUR LES MARCHÉS PUBLICS (AMP -OMC)	15
1.2.2 LA DURABILITÉ DANS L'AIMP RÉVISÉ (2019)	16
1.2.2.1 La durabilité dans les objectifs de la loi (article 2, AIMP 2019)	16
1.2.2.2 Durabilité sociale et écologique (article 12 AIMP 2019).....	17
1.2.2.3 Les conditions de participation	18
1.2.2.4 Les critères d'aptitudes	18
1.2.2.5 Adjudication et critère d'adjudication	18
1.2.2.6 Les spécifications techniques.....	21
1.2.2.7 Exclusions et sanctions	21
1.2.2.8 Prévention de la corruption et des conflits d'intérêts	23
1.2.2.9 Compétence résiduelle des cantons	23
1.3 ADOPTION DE L'AIMP 2019 DANS LA PRATIQUE	24
1.3.1 COMPÉTENCE RÉSIDUELLE	25
1.3.1.1 Argovie	26
1.3.1.2 Appenzell Rhodes Intérieur.....	26
1.3.1.3 Thurgovie	27
<u>2 THÉORIE SUR LA DISCRÉTION ET LA DURABILITÉ DANS LES MARCHÉS PUBLICS</u>	<u>29</u>
2.1 LES MARCHÉS PUBLICS COMME INSTRUMENTS POLITIQUES	29
2.1.1 REMISE EN QUESTION DE L'EFFICACITÉ DES MARCHÉS PUBLICS ET TRAITEMENT PRÉFÉRENTIEL DES ENTREPRISES	30
2.2 LES PIÈGES LIÉS À L'AUGMENTATION DE DISCRÉTION DANS LES MARCHÉS PUBLICS	31
2.2.1 L'UTILISATION DES MARCHÉS PUBLICS POUR FAVORISER DES ENTREPRISES PRÉSÉLECTIONNÉES ?... 32	
2.3 HYPOTHÈSES	34
<u>3 ANALYSE EMPIRIQUE</u>	<u>37</u>
3.1 SÉLECTION DES DONNÉES	37
3.1.1 ÉCHANTILLON – CANTONS.....	37
3.1.2 ÉCHANTILLON – SECTEUR	38
3.2 BASE DE DONNÉES	40
3.2.1 INTELLIPROCURE	40
3.2.2 DURABILITÉ DES ENTREPRISES	40
3.2.3 LOCALISATION DES ENTREPRISES.....	41
3.3 RÉSULTATS	41
3.3.1 PROCÉDURE OUVERTE	41

3.3.1.1	L'adoption de l'AIMP 2019 a-t-elle contribué à des appels d'offres incluant davantage de durabilité ?	41
3.3.1.2	L'adoption de l'AIMP 2019 permettrait-elle d'inclure davantage de critères d'adjudication et d'accorder au critère « prix » une pondération inférieure ?	46
3.3.1.3	L'adoption de l'AIMP 2019 conduit-elle à la sélection d'entreprises plus durables ?	47
3.3.1.4	L'adoption de l'AIMP 2019, en accordant davantage de discrétion, permettrait-elle de diriger les appels d'offres vers des entreprises présélectionnées ?	48
3.3.1.4.1	Entreprises cantonales	48
3.3.1.4.2	Nombre de victoires répétées	48
3.3.1.4.3	Profil des nouvelles entreprises	49
3.3.2	PROCÉDURE DE GRÉ À GRÉ	49
3.3.2.1	Depuis l'adoption de l'AIMP 2019, pouvons-nous constater un changement dans le profil des entreprises ayant remporté les marchés adjugés selon une procédure de gré à gré ?	49
3.3.2.1.1	ESG ranking	49
3.3.2.1.2	Entreprises cantonales	50
3.3.2.1.3	Nombre de victoires répétées	50
3.3.2.1.4	Profil des nouvelles entreprises	50
3.4	ANALYSE DES RÉSULTATS	51
4	<u>POLICY RECOMMENDATIONS</u>	<u>54</u>
4.1	HARMONISATION DE CRITÈRES À L'ÉCHELLE NATIONALE	54
4.2	ACCROISSEMENT DU NIVEAU DE SENSIBILISATION ET DU SAVOIR-FAIRE AU SEIN DES ADMINISTRATIONS PUBLIQUES	55
4.3	PASSER DE LA RECOMMANDATION À L'OBLIGATION DE DISPOSITIONS LÉGALES LIÉES À LA DURABILITÉ.	56
	<u>CONCLUSION</u>	<u>58</u>
	<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	<u>60</u>

Table des illustrations

Tableaux

Tableau 1 Appels d'offres pour le canton d'Argovie classés selon les secteurs	39
Tableau 2 Comparaison des critères de durabilité sociale utilisés dans les appels d'offres régis par une procédure ouverte dans canton d'Argovie et leurs pondérations	43
Tableau 3 Comparaison des critères de durabilité environnementale utilisés dans les appels d'offres régis par une procédure ouverte dans canton d'Argovie et leurs pondérations.....	45
Tableau 4 Tableau récapitulatif des résultats de notre analyse empirique concernant les marchés adjugés selon une procédure de gré à gré et une procédure ouverte dans le canton d'Argovie.	53

Figures

Figure 1 Réglementations des marchés publics en Suisse avant les révisions législative de 2019	12
Figure 2 Etat des lieux de l'adhésion à l'AIMP 2019 au 1 ^{er} avril 2022.....	24
Figure 3 Appels d'offres Argovie - par type de procédures.....	37
Figure 4 Pourcentages des appels d'offres incluant des critères liés à la durabilité dans les adjudications passées selon une procédure ouverte pour le canton d'Argovie	42

Table des abréviations

GIEC : Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat

OCDE : Organisation de Coopération et de Développement Économiques

UE : Union européenne

AiMP : Autorité intercantonale pour les marchés publics

AIMP : Accord intercantonal sur les marchés publics

OMC : Organisation mondiale du commerce

AMP-OMC : Accord plurilatéral sur les marchés publics de l'organisation mondiale du commerce

LMP : Loi fédérale sur les marchés publics

AELE : Association européenne de libre-échange

EEE : Espace économique européen

LCart : Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence

LMI : Loi fédérale sur le marché intérieur

LETC : Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce

CE : Communauté européenne

OMP : Ordonnance sur les marchés publics

DEMP : Directive d'exécution

LTr : Loi sur le travail

LEg : Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes

OIT : Organisation internationale du travail

DTAP : Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement

PAP : Plateforme de connaissances sur les achats publics responsable

CCMP : Centre de compétence des marchés publics

OFEV : Office fédéral de l'environnement

Introduction

Au cours de la dernière décennie, les discussions sur le rôle des marchés publics dans le but de promouvoir des objectifs durables se sont intensifiées au sein des enceintes internationales. Ainsi, l'idée selon laquelle les objectifs de durabilité peuvent être favorisés non seulement par la réglementation mais également en intégrant des considérations écologiques et sociales dans les activités quotidiennes du gouvernement tels que dans les pratiques d'achat de produits et de service est désormais reconnue au niveau international. Les « marchés publics stratégiques » constituent

un terme générique qui englobe les marchés publics utilisés comme un outil politique et qui inclut donc des considérations autres qu'uniquement économique. Par conséquent, les marchés publics stratégiques viendront compléter les marchés publics verts (considérations environnementales), les marchés publics sociaux (par exemple les questions de travail) et les marchés publics durables, compris comme visant à atteindre l'équilibre approprié entre les piliers du développement durable – économique, social et environnemental – lors de la passation de marchés publics. (Andhov, 2019).

Le potentiel des marchés publics stratégiques a été reconnu par le GIEC et dans la littérature juridique qui estime que ces derniers constituent un outil efficace dans l'effort d'atténuation du changement climatique (Romera & Caranta, 2017). Au niveau mondial, les marchés publics durables ont été introduits par plus de 56 gouvernements nationaux (Pouikli, 2021). Les discussions sur l'importance des marchés publics sont principalement motivées par l'argument selon lequel le secteur public devrait faire gage d'exemplarité et devenir le moteur d'une transformation durable par le biais de sa stratégie d'achat (Halonen, 2021). De plus, les marchés publics constituent une part importante des activités économiques étatiques. Au sein des pays de l'OCDE, ils représentent 12% du PIB (OCDE, 2022). Par leur pouvoir d'achat important, le secteur public, en tant que consommateur, a donc un potentiel pour accélérer une transformation verte des marchés en façonnant et stimulant la demande de biens et de services durables et en fournissant des incitations à développer des technologies et des produits plus durables (Halonen, 2021). Ainsi, les objectifs traditionnels et de nature économiques des marchés publics tels que la promotion de la transparence, la concurrence, l'égalité de traitement entre les entreprises soumissionnaires et l'utilisation parcimonieuse des fonds publics sont désormais complétés par des objectifs de durabilité longtemps considérés comme secondaires et étrangers au droit

des marchés publics. À titre d'exemple, nous pourrions citer la directive 2014/24/UE adoptée par l'Union Européenne (UE) dans laquelle nous retrouvons des clarifications quant à l'application de ce double objectif des règles de passation des marchés, à savoir la promotion d'une croissance intelligente et durable ainsi que la garantie du meilleur rapport qualité-prix. Dans cette directive, l'importance du développement durable a été renforcée en facilitant une utilisation stratégique des marchés publics pour des avantages qui vont au-delà des avantages économiques (Halonen, 2021).

La révision législative entreprise en Suisse au niveau fédéral, cantonal et communal suit également cette logique. Désormais, le nouveau droit des marchés publics octroie une base juridique aux considérations trois piliers de la durabilité. La possibilité de prendre en compte la durabilité se retrouve à chaque stade de la passation des marchés publics. De plus, nous nous retrouvons face à un nouveau changement de paradigme visant à une concurrence non plus axée sur le prix mais sur la qualité. Toutefois, ces changements législatifs laissent une discrétion importante aux pouvoirs adjudicateurs. Pour le niveau cantonal, ces changements ont été introduits par l'Accord intercantonal sur les marchés publics 2019 (AIMP 2019). Toutefois, bien que cet accord ait été adopté par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMP) le 15 novembre 2019, les cantons suisses se trouvent à des stades différents dans le processus d'adhésion au nouvel accord. En effet, trois cantons ont adopté l'AIMP 2019 alors que huit autres cantons n'ont pas encore lancé de procédure d'adhésion à l'AIMP 2019. Ainsi, nous pourrions nous questionner sur les réelles motivations derrière l'adoption de l'AIMP 2019 pour les trois cantons qui ont déjà adjudgé des marchés selon le nouveau droit. Serait-ce pour disposer d'un plus large pouvoir discrétionnaire ou alors cette adhésion est motivée par des préoccupations liées à la promotion de la durabilité ?

Dans un premier temps, nous analyserons le cadre légal régissant les marchés publics en Suisse ainsi que son évolution. Nous observerons que la réglementation concernant les marchés publics a connu trois logiques différentes de régulation. Premièrement, les marchés publics étaient, jusqu'au milieu des années nonantes, marqués par une large discrétion accordée aux entités adjudicatrices. Puis, un premier changement de paradigme a été introduit par le biais de nombreux accords internationaux, nationaux et cantonaux visant à une libéralisation des marchés et fixant des procédures de passation de marchés plus strictes et adjudgées selon le principe de « l'offre économiquement la

plus avantageuse ». Avec la révision de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (AMP-OMC) de 2012, les révisions de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), nous observons un nouveau changement de paradigme marqué principalement par une concurrence axée sur la qualité et la possibilité de prendre en compte la durabilité. Nous analyserons les différents changements induits par ces révisions législatives au niveau cantonal, en nous focalisant principalement sur la possibilité d'introduire la durabilité à tous les stades de la passation des marchés publics. Dans notre deuxième chapitre, nous passerons en revue les principaux résultats empiriques concernant la prise en compte de la durabilité et l'augmentation du pouvoir discrétionnaire dans les marchés publics et nous tenterons de relever les potentiels pièges liés à ces effets. Puis, nous comparerons une série d'appels d'offres soumis à l'AIMP 2019 et une série d'appels d'offres soumis à l'AIMP 2001 en nous intéressant aux critères et aux règles de notations utilisés ainsi qu'aux profils des soumissionnaires remportant les adjudications. Finalement, nous aborderons quelques possibilités de changements qui pourraient être introduits afin d'obtenir une prise en compte de la durabilité plus importante dans les achats publics.

1. Droit des marchés publics en Suisse

Selon les économistes, l'importance de réguler les marchés publics s'explique par le fait que l'État ne dispose pas de la « menace d'insolvabilité » et de la pression de la concurrence. De cette manière, si un État se retrouve face à une gestion déraisonnable, il ne fera pas faillite. Il est dès lors primordial que les commandes publiques soient encadrées par des règles juridiques s'appliquant à l'administration publique elle-même (Steiner, 2019). Ainsi à la différence des achats privés, les marchés publics sont strictement encadrés par des réglementations internationales et des procédures et règles spécifiques nationales et cantonales émanant de ces diverses réglementations internationales et nationales (Torvatn & de Boer, 2017). Le cadre législatif régulant ce domaine provient de diverses sources juridiques allant des réglementations internationales à des règles spécifiques nationales et cantonales. Cette spécificité fait des marchés publics un exemple de « gouvernance à plusieurs niveaux » (*multilayered governance*) dans lesquels certains principes établis au niveau international ont amené à la création de dispositions nationales et cantonales (Ziegler & Silva, s. d.). Toutefois, une réglementation stricte des marchés publics n'a pas toujours été le cas. Au cours des dernières décennies, ce domaine a connu une évolution juridique importante marquée par une interaction entre ces diverses sources juridiques. Ainsi, selon la période observée, nous pouvons distinguer trois logiques de régulation des marchés publics.

1.1 Évolution du droit des marchés publics

1.1.1 Pré- 1995 : une large discrétion laissée aux pouvoirs adjudicateurs

Jusqu'à la moitié des années nonantes, la situation juridique des marchés publics est très effacée. En effet, cette période est marquée par une quasi-totale liberté des pouvoirs adjudicateurs concernant le choix des soumissionnaires à prendre en considération. Cette large discrétion laissée aux autorités locales était largement utilisée pour attribuer des marchés selon des considérations d'économie politique, c'est-à-dire motivés par des politiques régionales, budgétaires ou de l'emploi. Ainsi, l'usage le plus économe des fonds publics n'était pas le seul critère déterminant dans l'attribution d'un marché. Sur le plan fédéral, quelques règles ont été mises en place telles que l'obligation, pour les marchés supérieurs à 500 000 CHF, de lancer un appel d'offre ou l'obligation de demander au minimum trois offres pour certains types de marchés. Cependant, le champ d'application de ces règles était très restreint et assorti à de nombreuses

exceptions. Par exemple, aucune disposition ne s'appliquait aux marchés de services. De plus, les décisions concernant les adjudications des marchés n'étant pas considérées comme des actes pouvant faire l'objet d'un recours, leur protection juridique se retrouvait alors très limitée. Sur le plan international, la convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association Européenne de libre-échange (AELE ; RO 2000 994) contenait certaines dispositions visant à la libéralisation des marchés. Toutefois, ces dernières n'avaient que très peu d'effets dans la pratique. Quant à l'accord de libre-échange du 27 juillet 1972 avec la Communauté Européenne (RS 0.632.401) , aucune disposition sur les marchés publics y avait été introduit (Oesch, 2010). Ainsi, bien que certaines pratiques d'adjudications étaient déjà mises en place, les pratiques d'adjudication étaient marquées par une large discrétion laissée aux entités adjudicatrices et les marchés publics étaient fortement caractérisés par le protectionnisme et étaient propices aux favoritismes (Steiner, 2019).

1.1.2 1996 : un premier changement de paradigme du droit des marchés publics marqué par l'ouverture des marchés, la compétition axée sur le prix

Au milieu des années nonantes, nous observons un changement radical en matière des marchés publics en Suisse marqué par la libéralisation de ces derniers et par l'introduction d'une concurrence accrue et des principes de transparence et de l'égalité de traitement entre prestataires concurrents. Ces changements sont le résultat d'impulsions externes. Premièrement, le début des années nonantes est marqué par le refus populaire de l'adhésion de la Suisse à l'Espace Économique Européen (EEE). À la suite de ce refus, le Conseil fédéral décide de mettre en place des mesures autonomes pour contrebalancer les désavantages d'une non-appartenance au marché unique européen. Dans son programme de revitalisation de l'économie suisse, le Conseil fédéral procède à une révision législative des ordonnances sur les soumissions et les achats et d'une révision de la loi sur les cartels (LCart ; RS 251). De plus, la loi sur les marchés intérieurs (LMI ; RS 943.02) et la loi sur les entraves techniques au commerce (LETC ; RS 946.51) ont été introduites afin de promouvoir la concurrence et l'ouverture du marché intérieur suisse. Deuxièmement, la conviction partagée des États selon laquelle l'aboutissement à une libéralisation des marchés publics ne serait possible que par la création d'un cadre légal international a mené à la signature de l'Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 de l'OMC (AMP ; RS 0.632.231.422)

qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1996 (Oesch, 2010). Ce texte juridique constituera alors le fondement du droit des marchés publics en Suisse. Les principales obligations découlant de cet accord sont la transparence à travers l'obligation de publication, la non-discrimination, la vérifiabilité judiciaire et les garanties procédurales. Les marchés soumis à l'accord doivent désormais être attribués selon le principe de l'offre économiquement la plus avantageuse. En effet, les autorités adjudicatrices sont désormais tenues, pour toute commande publique couverte par l'accord, de lancer un appel d'offre ouvert ou sélectif dans lequel il n'est pas possible de discriminer les soumissionnaires selon leur lieu de domicile. La discrétion laissée dans la procédure est dès lors seulement possible dans un nombre de cas exceptionnels. L'accord AMP-OMC constitue l'instrument de libéralisation du commerce international et le modèle de base pour toute une série d'accords commerciaux bilatéraux entre la Suisse et des pays tiers. Lorsque les deux Parties signataires d'un Accord sont membres de l'AMP-OMC, le degré de libéralisation bilatéral est accru en incluant des secteurs supplémentaires ou en abaissant les valeurs-seuils auxquels les marchés doivent faire l'objet d'un appel d'offre ouvert et concurrentiel (Ziegler & Silva, s. d.).

Le 21 juin 1999, la Suisse signe l'accord bilatéral entre la Confédération et la Communauté européenne qui entrera en vigueur le 1^{er} juin 2002 (RS 0.142.112.681). Cet accord a permis d'étendre le champ d'application de l'AMP-OMC aux districts et aux communes suisses et a soumis à l'AMP les marchés publics qui relèvent de certains secteurs tels que les transports ferroviaires, les télécommunications ou l'approvisionnement en gaz et en eau. De plus, dans le but de d'obtenir un même degré de libéralisation et des règles les plus uniformes possible entre les règles régissant les marchés publics en Suisse et au sein de la CE, la convention de l'AELE a été révisée en 2001 (*Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics*, 2017).

Les transpositions en droit suisse de l'AMP-OMC et des autres accords internationaux concernant les marchés publics ont mené à la nouvelle loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP ; RS 172.056.1) et son ordonnance d'application du 11 décembre 1995 (OMP ; RS 172.056.11) ainsi qu'à l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP ; RS 172.056.5). En effet, à quelques exceptions près, les marchés publics restent de la compétence des cantons. Cette

compétence découle des articles 3, 43 et 47 de la Constitution fédérale (CST ; RS 101) (*Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics*, 2017). Le cadre légal s'appliquant à un marché public dépendra alors de la nature de l'entité acheteuse. Les marchés passés par la Confédération ainsi que les instances rattachées à cette dernière seront régis par la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et son ordonnance (OMP). Alors que les marchés passés par les cantons et les entités publiques du droit cantonal, communal et des districts sont régis par l'accord intercantonal (AIMP) et par les législations cantonales d'applications.

Dans le but d'assurer une mise œuvre uniforme des obligations internationales et de faciliter l'application de l'AMP-OMC sur le plan cantonal, les cantons ont conclu l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Les règles d'adjudication contenu dans la LMI ont également été introduites dans cet accord, à savoir les dispositions générales applicables aux marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales et communales et le principe d'égalité de traitement entre les fournisseurs suisses qu'ils soient locaux ou externes au canton. Cet accord fonde un régime-cadre. À la suite de la mise en œuvre de l'AIMP, chaque canton a été tenu d'édicter des lois d'exécution. Dès lors, il existe 26 lois différentes sur les marchés publics cantonaux. Toutefois, ces lois d'exécutions se sont largement inspirées des directives d'exécution adoptées par la Conférence suisse des directeurs des travaux publics de l'aménagement du territoire et de l'environnement (directive DEMP) (Oesch, 2010).

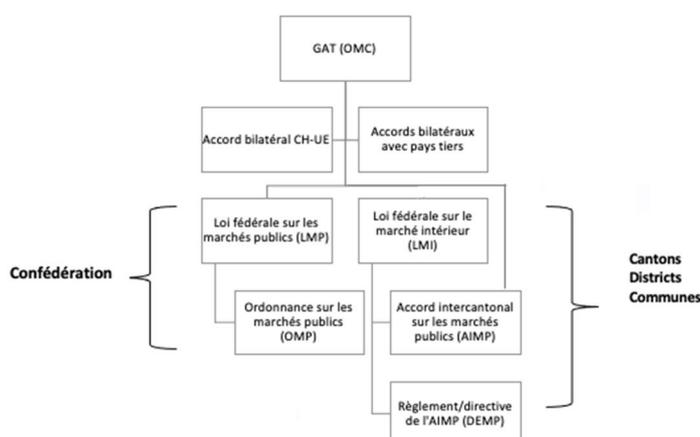


Figure 1 Réglementations des marchés publics en Suisse avant les révisions législatives de 2019

Ainsi, les législations édictées par la Confédération les cantons et les communes (LMP et AIMP) englobent des règles d'applications des traités internationaux et des règles propres à chaque entité s'appliquant indépendamment des deux traités internationaux précités (*Guide des achats professionnels responsables*, s. d.).

1.1.3 Révision des bases légales et introduction d'un nouveau paradigme

Le moteur principal des travaux de révisions législatives entrepris au niveau fédéral et cantonal a été la révision de l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'OMC, révisé en 2012. Cette révision suivait trois principaux objectifs : une amélioration du respect de l'Accord par les États membres, une libéralisation plus importante des marchés publics et une amélioration de l'accès au marché. L'AMP 2012 a été ratifié par la Suisse le 2 décembre 2020 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2021 (OMC, 2022). Ce laps de temps entre la signature et la ratification s'explique par le fait que des adaptations législatives au niveau cantonal et fédéral étaient nécessaires. En effet, chaque État parti à l'Accord a l'obligation de mettre sa législation nationale en conformité avec l'AMP révisé. C'est alors seulement une fois que le Parlement fédéral adopte la LMP révisée et que l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMP) adopte l'AIMP 2019 que le processus de ratification de l'AMP 2012 peut aboutir. Les autorités cantonales et fédérales ont également utilisé cette révision pour procéder à un alignement aussi étendu que possible du droit cantonal et fédéral en matière de marchés publics (et cela également pour les marchés non-couverts par le droit international) ainsi que pour clarifier, restructurer et moderniser les textes législatifs (*Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP)*, 2020).

Dès lors, le groupe de travail paritaire, AURORA, composé de représentants de la Confédération et des cantons a été formé. Ce groupe de travail avait pour mission de proposer une révision de la LMP et de l'AIMP dont les buts étaient donc la mise en œuvre cohérente des dispositions de l'AMP-OMC révisé dans les législations cantonales et fédérales et l'harmonisation aussi étendue que possible des législations cantonales et fédérales tout en respectant la répartition des compétences entre les cantons et la Confédération. La mise en œuvre de l'AMP avait jusqu'ici été appliquée de façon autonome ce qui a impliqué une diversité des législations sur les marchés publics que ce soit entre les cantons et la Confédération ou entre les différents cantons ; cette diversité impliquait une insécurité juridique importante dans le droit des marchés

publics ainsi que des procédures coûteuses pour les entreprises. Toutefois, même si le projet de révision a été mené dans ce groupe de travail, les procédures législatives de révision de la LMP et de l'AIMP sont menées séparément (*Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics*, 2017).

Les révisions de l'AMP-OMC, l'AIMP et de LMP sont également caractérisées par un nouveau changement de paradigme et constitue notre troisième type de réglementation des marchés publics. La révision de l'AMP-OMC de 2012 a introduit une vision plus globale des marchés publics. En effet, cet accord ne se limite plus à une simple ouverture des marchés entre les Parties mais introduit des concepts de gouvernance, de durabilité et d'intégrité (Steiner, 2022). En octroyant une base légale au développement durable, l'AMP-OMC ne peut plus contester l'introduction de la protection de l'environnement et de l'innovation écologique dans la conduite des marchés publics (Steiner, 2019). Ce troisième type de réglementation est caractérisé par le fait que l'atteinte « des objectifs politiques par le biais des marchés publics n'est plus considérée comme purement et simplement négatif » (Steiner, 2019, p.29) recherchant ainsi une certaine cohérence entre des objectifs politiques et le système juridique ainsi qu'au sein du système juridique. Avec la révision de la Constitution fédérale de 1999, le développement durable constitue désormais un des buts constitutionnels (article 2). De plus, l'article 73 est consacré au développement durable et invite les cantons et la Confédération à contribuer « activement à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain ». Les marchés publics durables suivent ainsi la logique de promotion de la durabilité que nous retrouvons dans la constitution fédérale (Steiner, 2019).

Dans ce troisième type de régulation, les concepts introduits à la moitié des années nonantes sont donc relativisés afin d'introduire un équilibre pondéré entre ces anciens concepts et les concepts de gouvernance, de qualité, de durabilité et d'innovation introduits par les nouvelles législations. Ainsi, nous retrouvons des réglementations dans lesquelles la concurrence axée sur la qualité devient la règle et dans lesquelles la corrélation entre la qualité et l'innovation est reconnue (Steiner, 2016).

Avec ce changement de paradigme, les règles et les pratiques concernant la passation des marchés ont donc évolué vers un régime aux objectifs multiples dans lequel les

objectifs de transparence et d'utilisation efficace des fonds publics ont été complétés par des objectifs visant à promouvoir un changement sociétal (Halonen, 2021).

1.2 L'achat public durable selon les nouvelles législations

À la suite de ces différentes révisions, le concept de « durabilité » a donc gagné en importance dans le cadre juridique régissant la passation des marchés publics. Nous allons observer comment la prise en compte des considérations liées à la durabilité a été intégré dans l'AMP-OMC 2012 et dans l'AIMP 2019.

1.2.1 Critère de durabilité dans l'Accord sur les marchés publics (AMP -OMC)

Contrairement à sa version de 1994, l'AMP 2012 confère une base juridique à la prise en compte de la dimension environnementale du développement durable dans l'adjudication des marchés publics. En effet, l'article X :6 et l'article X :9 confèrent une marge de manœuvre aux Parties pour intégrer des critères liés à l'aspect environnemental du développement durable à deux stades de la passation des marchés publics. Premièrement, l'article X :6 concerne les spécifications techniques. Celui-ci prévoit la possibilité d'établir, d'adopter ou d'appliquer des spécifications techniques visant à promouvoir la préservation des ressources naturelles et/ou la protection de l'environnement. L'article X :9 reconnaît l'atteinte d'objectifs environnementaux comme critère d'évaluation. Cet article donne la possibilité aux Parties d'inclure des caractéristiques environnementales dans les documents d'appels d'offres. Toutefois, ces deux dispositions ne sont pas contraignantes pour les législateurs nationaux par leur formulation (utilisation de « may »). Contrairement aux règles contraignantes, ce sont des règles facultatives ou de nature indicative qui laissent une certaine marge d'appréciation aux législateurs nationaux dans la transposition de l'Accord. De plus, la réalisation des objectifs environnementaux à l'articles X :6 et X :9 est conditionnelle ; la prise en charge de l'aspect environnemental des soumissions publiques se doit de respecter le principe de non-discrimination et ne doit pas constituer d'obstacles protectionnistes. (*Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics*, 2017)

L'AMP encourage également les discussions sur le concept de développement durable dans les marchés publics. En effet, les Parties sont convenues, conformément au mandat fixé à l'art. XXII, par.8 de l'AMP révisé, du lancement d'un groupe de travail sur la

question des marchés publics durables (Annexe E, AMP 2012) en tenant compte des obligations de non-discrimination énoncées à l’art. IV AMP 2012. Dans ce groupe de travail, les représentants des Parties viseront à questionner la compatibilité entre les marchés publics durables, le principe du meilleur rapport qualité-prix et les obligations commerciales internationales des Parties. Ces programmes de travail, ont pour but de préparer la révision de l’AMP 2012, notamment pour les objets qui n’ont pas su trouver de consensus entre les différents membres de l’AMP (par exemple, l’aspect social du concept de développement durable) ou pour les domaines pour lesquels des clarifications additionnelles sont nécessaires (la prise en compte des aspects environnementaux) (*Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics*, 2017). Jusqu’à qu’un consensus soit atteint au niveau international, les États parties à l’AMP bénéficient d’une marge de manœuvre dans l’élaboration de leurs lois (OMC, 2022).

1.2.2 La durabilité dans l’AIMP révisé (2019)

Les modifications portées à l’AIMP et à la LMP ont démontré un changement de paradigme vers une concurrence axée sur la qualité et sur des marchés publics durables. En effet, la prise en compte d’exigences durables a été introduite à plusieurs stades de la procédure d’adjudication des marchés publics. Nous allons observer ces changements en comparant le texte de l’AIMP 2001 au texte de l’AIMP 2019.

1.2.2.1 La durabilité dans les objectifs de la loi (article 2, AIMP 2019)

Premièrement, les trois aspects de la durabilité ont été intégrés dans les objectifs de l’AIMP. L’art. 2 let.a AIMP 2019 indique que l’accord vise à une « utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables ». Au contraire, l’ancienne disposition réglant le but de l’accord intercantonal indiquait seulement une « utilisation parcimonieuse des deniers publics » (art.1 al.3 let.d AIMP). Par ce changement, l’aspect social et l’aspect écologique du développement durable se retrouvent placés au même niveau que l’utilisation économique des deniers publics. L’article 2 a une portée programmatique et n’est donc pas directement justiciable. Toutefois, il servira de base à l’interprétation des dispositions suivantes de l’Accord. Lors de la prise en compte de critères environnementaux et sociaux, un lien objectif avec l’objet du marché doit être démontré. Sans ce lien objectif, la prise en compte de ces critères pourrait être perçu

comme du protectionnisme déguisé, ce qui est contraire à l'AMP (*Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP)*, 2020). La concrétisation des différents objectifs de l'Accord cité à l'art. 2 let. a se retrouve à différents stades de la procédure de passation des marchés.

1.2.2.2 Durabilité sociale et écologique (article 12 AIMP 2019)

La durabilité sociale et la durabilité écologique sont prises en considération à l'art.12 AIMP 2019. 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 figure désormais dans la loi. Dans la version de 2001 de l'AIMP, seule la protection des travailleurs, les conditions de travail et l'égalité de traitement entre hommes et femmes sont abordés. Toutefois, ces critères figurent dans la directive d'exécution de l'AIMP (directive DEMP) et non dans le texte de l'Accord. Selon le lieu d'exécution de la prestation, les marchés sont adjugés à des soumissionnaires qui respectent les dispositions du Code des obligations, de la loi sur le travail (LTr) et ses ordonnances d'exécution, ainsi que la loi sur l'égalité (LEg) ou les huit conventions fondamentales du travail (OIT) que nous retrouvons à l'annexe 3 de l'AIMP (art.12 al.2 AIMP 2019).

De plus, à l'alinéa 2, 2^{ème} phrase, une marge de manœuvre est laissée aux adjudicateurs. Ces derniers peuvent également exiger le respect d'autres standards de travail internationaux importants que ceux mentionnés à l'annexe 3 de l'Accord et en demander des preuves ou effectuer des contrôles. Ce dernier point peut alors constituer un instrument visant à encourager l'égalité de traitement entre soumissionnaires suisses et étrangers (*Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP)*, 2020).

L'article 12 AIMP 2019 introduit également une nouveauté en matière de durabilité environnementale. Dans le nouveau droit, les marchés ne seront adjugés qu'aux soumissionnaires qui respectent 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, c'est-à-dire, pour les marchés en Suisse, les dispositions du droit suisse en matière d'environnement et à l'étranger les conventions internationales relatives à la protection de l'environnement mentionné à l'annexe 4 (art 12, al 3 AIMP 2019). Ce critère pourrait pourtant être problématique en raison des obligations

internationales découlant de l'AMP. La jurisprudence et la pratique joueront alors un rôle important dans la précision de cette disposition (*Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP)*, 2020).

Ces exigences en matière de durabilité sociale et environnementale s'appliquent également dans les cas de sous-traitance (art 12 al 4 et ss AIMP 2019).

1.2.2.3 Les conditions de participation

Les conditions de participation laissent également une place aux critères sociaux et écologiques du développement durable. En effet, les exigences sociales et écologiques citées à l'article 12 ont un caractère contraignant dans la mesure où ces exigences doivent être remplies pour qu'un soumissionnaire puisse participer à l'adjudication d'un marché. L'article 26 AIMP 2019 confie aux adjudicateurs la tâche de s'assurer que les soumissionnaires et leurs sous-traitants remplissent les conditions de participation et qu'ils en apportent les preuves. L'adjudicateur dispose d'une marge de manœuvre quant aux documents demandés aux soumissionnaires et à leurs sous-traitants (*Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP)*, 2020). Dans l'AIMP 2001, aucun article réglait les conditions de participation que ce soit dans le texte de loi ou dans la directive d'exécution.

1.2.2.4 Les critères d'aptitudes

Une place pour des aspects de durabilité est également laissé dans les critères d'aptitudes. Les critères d'aptitude « peuvent concerner les capacités professionnelles, financière, économiques, techniques et organisationnelles des soumissionnaires ainsi que leur expérience (article 27 al.2 AIMP 2019) ». Dans ce cas-ci, l'adjudicateur pourrait demander la présentation de labels, de certifications ou de systèmes de gestion sociale et environnementale aux soumissionnaires. Toutefois, ces certifications et labels doivent avoir un lien objectif avec l'objet du marché. La nécessité de présenté un lien avec l'objet du marché peut alors s'avérer plus difficile pour la formulation de critères sociaux que pour la formulation de critères environnementaux (Rossa & David, 2020). Une disposition similaire est présente au paragraphe 21 de la DEMP 2001.

1.2.2.5 Adjudication et critère d'adjudication

L'article 29 al 1 AIMP 2019 impose à l'adjudicateur d'évaluer les offres sur la base de critère d'adjudication, critères qui doivent posséder un lien objectif avec l'objet du

marché. La qualité de la prestation figure désormais, au côté du prix, parmi les critères obligatoires dans l'évaluation des appels d'offres. Une liste non-exhaustive des critères possibles est également définie : l'adéquation, les délais, la valeur technique, la rentabilité, les coûts du cycle de vie, l'esthétique, le développement durable, la plausibilité de l'offre la créativité, le service après-vente, les conditions de livraison, l'infrastructure, le caractère innovant, la fonctionnalité, le service à la clientèle, les compétences techniques et l'efficacité de la méthode. Cette liste laisse donc une marge de manœuvre importantes aux adjudicateurs dans la règle de notation à adopter.

Une disposition analogue se retrouve dans la DEMP de l'AIMP 2001. Toutefois, dans la directive d'exécution de 2001, seul le critère du prix est obligatoire. En effet, le marché est adjugé au soumissionnaire qui a présenté « l'offre économiquement la plus avantageuse » (§32 al.1 DEMP). Dans la version de 2019, la formulation de l'article est différente. En effet, le marché est désormais adjugé au soumissionnaire ayant présenté « l'offre la plus avantageuse » (art 41 AIMP 2019). Il ne s'agit donc pas de l'offre le meilleur marché mais de l'offre qui répond aux critères d'adjudication de manière optimale et qui est la plus avantageuse en termes économiques, sociaux et environnementaux. Cette formulation démontre une volonté du changement de paradigme d'une concurrence principalement axée sur le prix à une concurrence axée sur la qualité. Nous pouvons alors constater, de la part du législateur, une volonté d'octroyer plus d'importance à une pratique des marchés publics axée sur la qualité en rendant le critère de la qualité obligatoire et en modifiant le principe même de l'adjudication (*Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP)*, 2020). L'AIMP 2001 établit également une liste de critères possibles que l'adjudicateur peut prendre en compte (§31 al 1 DEMP). Le critère du « développement durable » a été introduit dans la liste des critères d'adjudication pertinents (§32 al.1 DEMP) lors de la première révision de l'accord en 2001. Dans le message-type de l'AIMP (2017), le critère du « développement durable » englobe trois dimensions ; la dimension économique, écologique et sociale. En ce qui concerne l'aspect écologique, cette dimension comprend la compatibilité environnementale, la préservation et l'utilisation rationnelle des ressources. Ces différents aspects peuvent être évalué par le biais de plusieurs facteurs tels que la teneur en polluant, la pollution de l'eau, des sols et de l'air, la consommation d'énergie ou d'eau ainsi que l'impact sur la biodiversité. Ces critères écologiques peuvent s'appliquer à l'objet du marché ainsi que sa fabrication, son

utilisation et son élimination. En ce qui concerne l'aspect social, des critères tels que des produits issus du commerce équitable ou l'importance à l'emploi de personnes atteintes dans leur santé ou la réinsertion professionnelle des chômeurs de longue durée peuvent être pris en compte. Pour définir ces deux dimensions du « développement durable » et les évaluer, l'adjudicateur peut utiliser des systèmes de certifications reconnus sur le plan international afin de simplifier les contrôles et les processus d'évaluation. Toutefois, il doit toujours fournir des preuves qui s'appuient sur des exigences équivalentes (*Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP)*, 2020).

Le critère « coût d'exploitation » (§32 al.1 de la DEMP) que nous retrouvons dans la version de 2001 deviendra « les coûts du cycle de vie » dans le nouveau droit (art. 29 al.1 AIMP 2019). Les « coûts du cycle de vie » englobent les coûts d'acquisition, d'exploitation, de démolition et d'élimination alors que les coûts d'exploitation concernent seulement les coûts d'utilisation et les coûts de maintenance. Ainsi, une prise en compte des coûts externes engendrés par un dommage à l'environnement liés à l'objet du marché pendant son cycle de vie est désormais possible si ces coûts peuvent être évalués par une méthode reconnue et approuvée par l'organe compétent (*Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics*, 2017).

Contrairement à l'AIMP 2001, l'art. 29 al 4 AIMP 2019 confère à l'adjudicateur une marge de manœuvre supplémentaire en ce qui concerne la dimension sociale du développement durable. En effet, pour ce qui concerne les marchés non soumis aux accords internationaux, la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation professionnelle initiale, des places de travail pour les travailleurs âgés ou une réinsertion pour les chômeurs de longue durée peut être pris en compte à titre complémentaire dans l'évaluation d'une offre. Dans ce cas, c'est la proportion relative qui sera décisive et non le nombre absolu. Ce critère d'adjudication n'a pas de lien direct avec le marché public mais est le résultat d'une demande récurrente de la part des politiques. Ce critère doit toutefois être apprécié dans le respect de l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires (*Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP)*, 2020).

Cependant, cette liste de critères ne s'applique pas aux marchés qui portent sur des prestations standardisées (art 29 al 4 AIMP 2019) ; ces marchés peuvent être adjugés

sur la seule base du critère du prix. Ainsi, avec le nouveau droit, " l'offre économiquement la plus avantageuse " devient la règle principale régissant les marchés publics et l'adjudication d'un marché sur la seule base du prix le plus bas est l'exception qui ne s'applique qu'aux produits largement standardisés (Steiner, 2016).

1.2.2.6 Les spécifications techniques

Les spécifications techniques font référence aux qualités de l'objet du marché attendues par l'adjudicateur (Rossa & David, 2020). Contrairement à la DEMP de l'AIMP 2001, l'Accord révisé de 2019 donne la possibilité à l'adjudicateur de prévoir des spécifications techniques qui visent à préserver les ressources naturelles ou à protéger l'environnement (art 30 al 4 AIMP 2019). Cette disposition est similaire à l'art.X, par.6, AMP 2012. Ces spécifications technologiques à visée écologique peuvent également s'appliquer au processus de fabrication si un lien objectif avec l'objet du marché existe (art. I, let. u AMP 2012). Pour établir ces spécifications techniques ainsi que vérifier leurs respects, l'adjudicateur peut se fonder sur des systèmes de certification reconnus sur le plan international et reconnaître les preuves qui se fondent sur des exigences équivalentes. Toutefois, leur formulation ne doit pas amener à une distorsion de la concurrence entre les soumissionnaires (*Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP)*, 2020). Ainsi, l'adjudicateur dispose d'une marge de manœuvre importante dans l'établissement des critères attendus de l'objet du marché. Il peut alors saisir cette marge de manœuvre pour orienter les achats publics vers la durabilité. Toutefois, les prises en compte des préoccupations sociales sera plus difficile à ce stade de la procédure compte tenu de la nécessité de prouver un lien objectif avec l'objet du marché.

1.2.2.7 Exclusions et sanctions

L'article 44 AIMP 2019 règle l'exclusion des soumissionnaires et la révocation de l'adjudication. Cet article est composé d'une liste de circonstances dans lesquelles une exclusion, une révocation de l'adjudication ou une radiation d'une liste peuvent être justifiées. L'alinéa 2 règle les cas de circonstances dans lesquelles des soupçons sérieux sont suffisants pour exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication ou pour révoquer de l'adjudication. Des soupçons sérieux en matière de non-respect « des dispositions relatives à la protection des travailleurs, les conditions de travail, les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, (...) »

les dispositions du droit suisse en matière d'environnement ou les conventions internationales relatives à la protection de l'environnement déterminées par le Conseil fédéral » peuvent amener l'adjudicateur à exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication ou à révoquer de l'adjudication (art 44 al 2 let.f, AIMP 2019). Un soupçon lourd de manquement au respect des conditions de participation citées à l'article 12 peut donc entraîner à une exclusion de la procédure ou une révocation de l'adjudication. Toutefois, la formulation de ces deux alinéas est une formulation potestative. De ce fait, un manquement du soumissionnaire à ses obligations ne va pas obligatoirement engendrer une exclusion de la procédure et une révocation de l'adjudication (*Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP)*, 2020).

Contrairement à l'AIMP 2001, l'AIMP de 2019 offre une plus grande prise en considération à la dimension écologique de développement durable comme motif d'exclusion et de révocation des adjudications. En effet, dans l'AIMP 2001, les motifs d'exclusion sont réglés dans la DEMP au paragraphe 27. Un soumissionnaire peut se voir exclu de la procédure s'il ne respecte pas les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes (art. 11 let. e et f AIMP 2001). Ainsi, dans la version de 2001 de l'Accord, un non-respect des dispositions du droit suisse en matière d'environnement ou des conventions internationales relatives à la protection de l'environnement n'étaient pas des motifs d'exclusion envisageables.

Une sanction peut alors être prononcée si un soumissionnaire se trouve dans un des cas susmentionné ; ce dernier peut être exclu pour une durée maximale de cinq ans des futurs marchés ou peut être infligé d'une amende pouvant aller jusqu'à 10% du prix final de l'offre par l'adjudicateur ou par l'autorité compétente en vertu de la loi (art 45, al.1, AIMP 2019) Ainsi, l'inobservation des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail, à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes peuvent engendrer un avertissement, une amende ou une exclusion des futurs marchés publics. La présence d'indices est suffisante pour motiver une de ces conséquences. Avec l'AIMP 2019, les pratiques d'exclusion, de révocation et de sanction sont uniformisées pour tous les cantons alors que dans la version de 2001, chaque canton peut déterminer les sanctions qu'il juge nécessaires (*Révision de*

l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP), 2020). Seul des recommandations dans la DEMP réglait la possibilité de l'avertissement, la révocation de l'adjudication, l'amende ou l'exclusion de cinq ans de tout nouveau marché public (§38 DEMP).

1.2.2.8 Prévention de la corruption et des conflits d'intérêts

La composante économique de la durabilité est également renforcée dans l'AIMP 2019. En effet, la lutte contre la corruption et les conflits d'intérêts représente un des objectifs principaux de la révision de l'AMP-OMC. Ce principe applicable à la procédure d'achat se retrouve à l'article IV, par.4 AMP-OMC 2012 et est repris dans le droit intercantonal à l'art 2 let d (buts) et à l'art 11 AIMP 2019. La nouveauté réside dans le fait que l'article 11 AIMP 2019 oblige les cantons à prévoir des mesures appropriées pour lutter contre ces pratiques. À titre d'exemple de mesures, nous pourrions citer la publication active et appropriée de toutes les informations concernant une procédure d'adjudication, la formation et le perfectionnement des services d'adjudication, l'application de règles de conduite pour l'exécution correcte ou régulière des tâches (*Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP), 2020*).

1.2.2.9 Compétence résiduelle des cantons

À la demande de certains cantons, l'article 63 al 4 AIMP 2019 confère aux cantons une compétence résiduelle leur permettant d'édicter des dispositions d'exécution supplémentaires relatives à l'AIMP, en particulier pour les exceptions concernant l'application de l'accord (article 10), pour 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 (article 12) et pour les conditions de participation à l'adjudication (article 26) (*Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP), 2020*). Les législateurs cantonaux pourraient alors utiliser cette compétence résiduelle pour légiférer, dans la mesure du possible, vers des achats publics plus durables.

Ainsi, la révision de l'AIMP a permis de conférer une importance égale aux objectifs économiques, sociaux et écologiques. De plus, le nouvel AIMP rend possible la prise en compte de critères de durabilité à plusieurs stades de la procédure d'adjudication (conditions de participation, critères d'aptitude des soumissionnaires, spécifications

techniques ou encore des critères d'adjudication). Certains de ces critères figurent déjà dans les directives d'exécution de l'AIMP 2001. Néanmoins, ils constituaient seulement des recommandations à l'égard des cantons. Un grand nombre de ces critères se situent désormais dans le texte de l'AIMP. Cet accord a force obligatoire pour les cantons qui y adhèrent et ne permet aucune adaptation unilatérale ou adhésion sous réserve. Bien que le législateur intercantonal ait laissé une marge de manœuvre importante aux adjudicateurs pour la prise en compte de ces critères, l'interprétation historique et systématique du nouveau droit « impose désormais aux adjudicateurs d'exercer cette marge dans le sens clair voulu par le législateur et d'intégrer (...) les critères liés à la durabilité à chaque fois qu'il paraît possible » (Rossa & David, 2020, p.450). Toutefois, l'exigence de démontrer un lien objectif entre le critère et l'objet du marché constitue une limite à un véritable changement de paradigme des marchés publics, surtout en ce qui concerne l'aspect social du développement durable.

Ainsi, bien que l'espace réglementaire laissé à la discrétion des cantons se retrouve réduit avec le nouvel AIMP, les entités adjudicatrices disposent d'un large pouvoir discrétionnaire sur l'opportunité et la manière d'intégrer des considérations environnementales et sociales dans leurs appels d'offres.

1.3 Adoption de l'AIMP 2019 dans la pratique

L'AIMP 2019 a été adopté par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMP) lors de l'assemblée plénière extraordinaire du 15 novembre 2019 (DTAP,

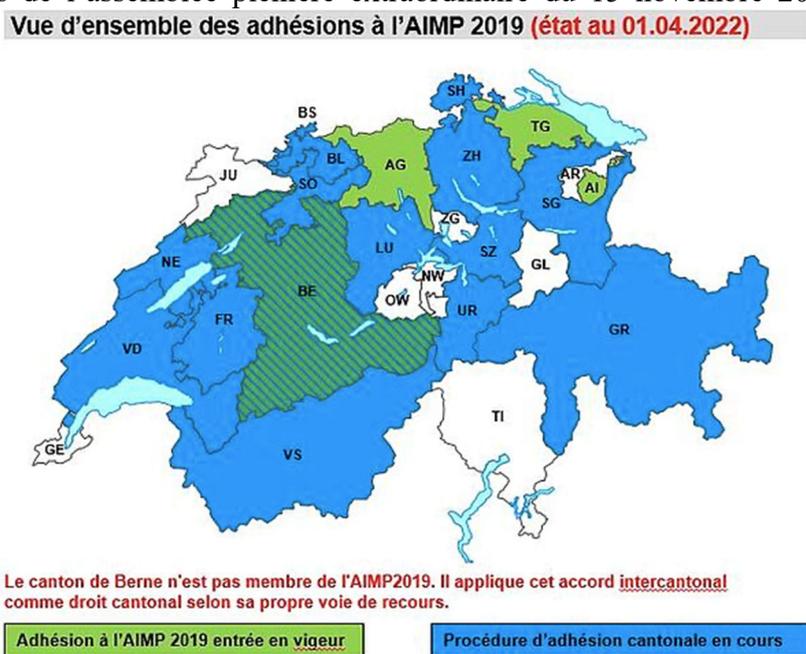


Figure 2 État des lieux de l'adhésion à l'AIMP 2019 au 1^{er} avril 2022

2022). C'est désormais aux cantons de décider individuellement d'adhérer à cet accord. L'adhésion nécessite une procédure législative et une intégration de l'AIMP 2019 dans le droit cantonal de chaque canton. Aucune adaptation unilatérales ou adhésion sous réserve n'est possible. L'AIMP 2019 peut être appliqué lorsque deux cantons y ont adhéré (*art. 65 al.1 AIMP 2019*).

Le canton d'Appenzell-Rhodes-Intérieur a adopté l'AIMP 2019 en février 2021 suivi par le canton d'Argovie en mars 2021 permettant ainsi une mise en œuvre de l'AIMP 2019 pour le 1^{er} juillet 2021. Le canton de Thurgovie a adhéré à l'AIMP 2019 au 1^{er} avril 2022. En maintenant ses voies de droits spécifiques, le canton de Berne a été contraint de renoncer à adhérer au nouvel accord. Cependant, il applique les dispositions de l'AIMP 2019 depuis février 2022. (Commune Suisse, 2022) Une grande partie des cantons ont lancé le processus d'adhésion au nouvel accord, les décrets d'adhésion sont en discussion dans les parlements cantonaux. Certains cantons ont profité de cette adhésion pour mener une refonte totale de leurs législations concernant les marchés publics (par exemple les cantons de Neuchâtel, Fribourg, Saint-Gall ou Vaud). D'autres préfèrent attendre la publication des guides d'aide à l'achat public pour débiter le processus d'adhésion (par exemple le canton du Grison). Huit cantons (Genève, Tessin, Obwald, Nidwald, Glaris, Zoug, Appenzell-Rhodes-Extérieures et Jura) n'ont pas encore lancé de procédure d'adhésion à l'AIMP 2019¹.

1.3.1 Compétence résiduelle

Comme nous l'avons susmentionné, l'AIMP 2019 règle de nombreux points de manière exhaustive, l'espace réglementaire laissé à la discrétion des cantons se retrouve ainsi réduit. Toutefois, l'article 63 al. 4 AIMP 2019 leur permet d'édicter des dispositions pour quelques articles, notamment l'article 12 concernant 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. Il est dès lors intéressant d'observer si les trois cantons qui ont adhéré à l'Accord, Argovie, Appenzell Rhodes intérieur et Thurgovie, ont utilisé cette marge de manœuvre cantonale.

¹ Constatations à la suite de la lecture des documents disponibles sur les sites des cantons concernant l'éventuelle adhésion à l'AIMP 2019.

1.3.1.1 Argovie

Avec l'adhésion du canton d'Argovie, le décret sur les marchés publics du 23 mars 2021 est adopté (Dekret über das öffentliche Beschaffungswesen [DöB] ; RS/AG 150.920). Ce décret est très court et ne fait que spécifier certains points de l'AIMP.

Les discussions entraînant un second tour de négociations au parlement ont concerné les critères d'adjudication « fiabilité du prix » et « niveaux de prix différents dans les pays où le service est fourni ». Ces deux critères ne se retrouvent pas dans l'AIMP 2019 mais se retrouve au niveau fédéral (dans la LMP). Le parlement argovien a finalement décidé de les intégrer dans le décret cantonal sur les marchés publics. L'intégration de ces critères est motivée par l'argument selon lequel la non-prise en compte de ces critères visent à discriminer les entreprises qui produisent en Suisse par rapport aux entreprises étrangères qui disposent de coûts de production en général plus bas (Canton Argovie, 2020).

Les adaptations relevées au niveau cantonal concernent la définition du métier principal de la construction, le relèvement de la valeur seuil de la procédure d'entente directe pour les fournitures à 150 000 francs, l'obligation pour les adjudicateurs de publier les procédures d'adjudication sur *simap*, les critères d'adjudication et l'extension du délai de recours à 20 jours (Canton Argovie, 2020).

En matière des compétences résiduelles laissées aux cantons, seules des dispositions d'exécution ont été élaborées pour l'article 10. Le paragraphe 1 du décret pour les marchés publics stipule que l'accord s'applique à l'institution de prévoyance de droit public du canton. Aucune disposition supplémentaire n'a été édicté concernant les articles 12 et 26. Aucune mesure supplémentaire n'a été introduite concernant les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption (art 11 AIMP 2019).

1.3.1.2 Appenzell Rhodes Intérieur

Le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures a adhéré, le 8 février 2021, à l'AIMP 2019 par le biais de l'arrêté du Grand Conseil. Cette adhésion a engendré l'adoption d'une nouvelle loi d'introduction sur les marchés publics qui a été votée lors de la Landsgemeinde du 24 avril 2022 (Einführungsgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [EGöB] ; RS/AI 726.100). Les détails concernant les dispositions

d'exécution doivent encore être réglés par le Grand Conseil dans l'ordonnance d'application modifiée. Ainsi, le Grand Conseil fixera la date d'entrée en vigueur de la loi d'introduction et de l'ordonnance d'application. Toutefois, ces dates ne sont pas encore connues. (Canton Appenzell Rhodes-Intérieures, 2022)

La nouvelle loi d'introduction est relativement courte ; elle compte six articles. Les nouveautés résident dans les critères d'adjudications et dans les voies de recours. La loi cantonale introduit la possibilité de prendre en compte deux nouveaux critères d'adjudication : la « fiabilité du prix » et les « niveaux de prix différents dans les pays où une prestation est fournie ». Le canton a utilisé la seule marge de manœuvre réglementaire dont il disposait pour les voies de recours en interdisant les possibilités de recours pour les procédures de gré à gré (Canton Appenzell Rhodes-Intérieures, 2022).

Les seules discussions ayant eu lieu au sein du Grand Conseil concerne l'ajout des deux critères d'adjudication. Ces discussions étaient motivées par le fait que ces critères se retrouvaient dans la loi fédérale et dans le droit cantonal du canton d'Argovie. L'application réussie du critère « fiabilité du prix » dans la pratique d'adjudication tessinoise a également été mentionnée. À cela s'opposait la décision de la Conférence des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement qui informait que l'ajout de critère d'adjudication par voie cantonale n'était pas possible. Toutefois, l'AiMP n'a pas refusé l'adhésion du canton d'Argovie à l'AIMP 2019 et c'est ainsi que le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures a ajouté ces deux nouveaux critères d'adjudication. Concernant la légalité de ces critères, cela reviendra aux tribunaux, en cas de recours, de juger la validité juridique de ces derniers (Canton Appenzell Rhodes-Intérieures, 2022).

1.3.1.3 Thurgovie

L'adhésion a engendré plusieurs révisions sur le plan cantonal. La loi sur les marchés publics (Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [GöB] ; RS/TG 720.1), son ordonnance (Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB] ; RS/TG 720.11) et la directive du Conseil-exécutif (Weisung zum öffentlichen Beschaffungswesen [WöB] ; RS/TG 720.111) ont été totalement révisées. Les textes législatifs ont été approuvés par le Grand Conseil le 15 septembre 2021 et sont entrés en vigueur le 1^{er} avril 2022.

Des discussions concernant le critère d'adjudication « les différents niveaux de prix dans les pays où la prestation est fournie » ont également eut lieu. Finalement, le critère « différents niveaux de prix dans les pays dans lesquels la prestation est fournie » a été introduit dans la loi sur les marchés publics cantonaux (Canton Thurgovie, 2022).

La compétence résiduelle laissée aux cantons a été partiellement utilisée. Concernant le champ d'application de l'Accord, le paragraphe 2 de la loi sur les marchés publics cantonaux spécifie que « la Banque cantonale de Thurgovie n'est pas soumise aux dispositions relatives aux marchés publics » (§ 3, al., GöB). Des mesures concernant l'article 11 sur les conflits d'intérêts et la corruption ont été introduites dans la nouvelle directive sur les marchés publics. En effet, au paragraphe 7, les supérieurs hiérarchiques sont tenus d'indiquer à leurs collaborateurs comment éviter les conflits d'intérêt et la corruption. De plus, tous collaborateurs et tiers mandatés impliqués dans une procédure d'adjudication d'une valeur supérieure à 10 000 francs doivent signer une déclaration d'impartialité (§ 7 WöB).

Ainsi, nous observons que les trois cantons ont très peu utilisé la compétence résiduelle qui leur été laissé pour édicter des dispositions en matière de durabilité. Seul le canton de Thurgovie a mis en place des mesures de durabilité économique concernant la gestion des conflits d'intérêt et de la corruption. Dans les trois cantons, nous remarquons que des discussions concernant les deux critères d'adjudication « fiabilité du prix » et « niveaux de prix différents dans les pays où le service est fourni » ont eu lieu et ont été principalement motivées par le fait de protéger les entreprises suisses. De plus, aucun canton n'a utilisé cette marge de manœuvre pour édicter des dispositions supplémentaires concernant l'article 12 sur la durabilité sociale et environnementale.

2 Théorie sur la discrétion et la durabilité dans les marchés publics

Dans le chapitre précédent, nous avons observé qu'avec le nouveau cadre juridique régissant les marchés publics suisses, les adjudicateurs disposaient d'un pouvoir discrétionnaire accru. Désormais, ils disposent des bases légales nécessaires pour prendre en considération des critères externes au prix, en rendant obligatoire le critère « qualité » et en permettant la prise en compte d'autres critères notamment celui de la durabilité, à tous les stades de la passation des marchés publics. Les pouvoirs adjudicateurs disposent donc d'une large discrétion quant à la conception du processus d'évaluation des offres et dans le choix des critères d'attribution à utiliser. De plus, ils disposent d'un large pouvoir discrétionnaire quant à l'opportunité et la manière d'intégrer des considérations environnementales et sociales dans leurs appels d'offres. Ainsi, même lors d'une procédure ouverte, les entités adjudicatrices se voient obtenir une marge de discrétion plus importante pour établir leurs appels d'offres. Nous allons analyser les théories principales et les résultats empiriques concernant la durabilité et l'augmentation du pouvoir discrétionnaire dans les marchés publics.

2.1 Les marchés publics comme instruments politiques

Ces dernières décennies, les règles et les pratiques concernant les marchés publics se sont modifiés pour tendre vers un régime aux objectifs multiples. Aux côtés des objectifs principaux des marchés publics tels que le rapport qualité-prix, la transparence, la concurrence et l'ouvertures des marchés (Trybus, 2016) viennent s'ajouter la promotion d'objectifs sociaux et environnementaux qui sont considérés comme des objectifs secondaires à la conduite des marchés publics (Arrowsmith & Kunzlik, 2009).

En raison du pouvoir d'achat important du secteur public, les marchés publics sont considérés comme un moyen efficace pour atteindre des objectifs de durabilité. De plus, en concentrant les achats publics sur des alternatives durables, les pouvoirs publics tentent de montrer l'exemple et d'encourager les autres à se préoccuper de l'aspect environnemental (Andreoni, 1990). Selon cette logique, les marchés publics pourraient alors façonner les tendances liées à la production et à la consommation (Testa et al., 2012), permettre de créer et d'élargir les marchés de biens et services qui respectent l'environnement (Li & Geiser, 2005) et constitueraient des stimuli pour favoriser l'éco-innovation. (Testa et al., 2012). En incluant des aspects de durabilité dans les appels

d'offre publics, il est donc supposé que ce changement entraîne une transformation de la demande et de l'offre pour les biens et les services durables sur les marchés privés.

Ainsi, nous retrouvons une tendance générale à l'encouragement pour l'application des marchés publics durables. Dans une grande partie de la littérature, il est supposé que les objectifs durables, notamment les objectifs environnements, peuvent être atteints si l'utilisation des marchés durables est augmentée. Le potentiel des marchés publics est dans la plupart des travaux considéré comme un acquis et la manière de changer la culture d'achat du secteur public constitue le but de ces travaux. La plupart des recherches concernent le statut des marchés publics écologiques dans les politiques et les traités, les possibilités relatives à l'intégration des critères durables dans les processus d'achat ou encore la conception de lignes directrices (Halonen, 2021).

Des études empiriques, principalement des études de cas, démontrent le potentiel des marchés publics durables pour une transformation durable des marchés publics. Simcoe et Toffel (2014) démontrent qu'un acheteur suffisamment important peut être à même de provoquer une transformation durable et d'inciter le secteur privé de la construction à adopter des normes de construction écologiques supérieures. Des résultats analogues se retrouvent chez Lindström et al. (2020) quant à l'efficacité des marchés publics écologiques pour favoriser la conversion de terres agricoles en production biologique. Toutefois, cette transformation est principalement motivée par l'approche unifiée menée par les municipalités suédoises.

2.1.1 Remise en question de l'efficacité des marchés publics et traitement préférentiel des entreprises

Cependant, les résultats concernant l'efficacité des marchés publics écologiques semblent, selon les théories économiques et les recherches empiriques quantitatives, moins optimistes (Halonen, 2021). En effet, certaines études se montrent plus critiques à l'égard des effets positifs liés à la mise en place de marchés publics durables comme instrument politique et démontrent que ces derniers compromettent les objectifs primaires des marchés publics. Lundberg et Marklund, (2011) démontrent qu'en utilisant des critères écologiques, la procédure devient rapidement complexe et non transparente et *in fine* nuit à l'efficacité et l'efficience des marchés publics comme instrument de politique environnementale. L'utilisation de critères de durabilité dans

les appels d'offre engendrerait une diminution de la concurrence (Trybus, 2016) et une augmentation des coûts de transaction (Brammer & Walker, 2011; Eriksson, 2014). La politique de substitution économique remet également en cause l'efficacité des marchés publics écologiques (Lundberg et al., 2016; Marron, 1997) et démontre que les effets positifs dépendraient de l'élasticité de l'offre et de la demande de chaque produit. Des résultats concernant une potentielle transformation des marchés privés liée à l'utilisation des marchés publics écologiques sont également nuancés ; ces derniers favoriseraient les entreprises qui disposent déjà de performances environnementales élevées et qui fabriquent déjà des produits « verts » (Lundberg et al., 2016). De plus, l'effet d'orientation, les coûts et l'impact des marchés publics écologique varient fortement selon les secteurs étudiés (Halonen, 2021).

Andhov (2019) souligne également que certaines critiques sont faites quant aux motivations derrière l'utilisation des politiques secondaires. Ces dernières pourraient constituer un prétexte à un traitement préférentiel des fournisseurs locaux et laisseraient de côté la prise en compte réelle des considérations durables. Par exemple, Arrowsmith & Kunzlik (2009) relèvent que des critères de durabilité visant à réduire les coûts environnementaux du transport pourrait être utilisés pour soutenir des fournisseurs locaux pour des raisons politiques.

2.2 Les pièges liés à l'augmentation de discrétion dans les marchés publics

Le niveau idéal de discrétion bureaucratique est un aspect controversé dans la conception optimale des marchés publics (Szucs, 2017). Ce compromis entre réglementation et pouvoir discrétionnaire est largement discuté dans la littérature sur les marchés publics et de nombreux effets, parfois contradictoires, sont relevés. Ces divergences quant aux effets de l'augmentation du pouvoir discrétionnaire sont largement explicitées par l'hétérogénéité des pouvoirs adjudicateurs en termes de capacités gouvernementales ou du niveau de qualification des administrations ainsi que l'hétérogénéité des environnements dans lesquels ils opèrent (Baltrunaite et al., 2018; Bosio et al., 2020). Il est dès lors souligné que les réglementations seraient efficaces dans les pays qui disposent d'une faible capacité du secteur public alors que ces mêmes réglementations seraient nuisibles pour les administrations ayant une capacité du secteur public élevé, car ces dernières empêcheraient l'utilisation socialement optimal du pouvoir discrétionnaire (Bosio et al., 2020). Une deuxième explication à ces

divergences concernant les effets d'une augmentation du pouvoir discrétionnaire est qu'il est difficile d'évaluer de manière globale ces effets compte tenu de l'incomplétude des informations sur les résultats des marchés publics (Baltrunaite et al., 2018). De plus, l'importance des traditions locales dans les appels d'offres peut également expliciter cette hétérogénéité (Bergman & Lundberg, 2014).

Nous retrouvons toute une série d'études empiriques qui analysent les procédures *ex ante* à la passation des marchés publics et les résultats *ex post* notamment les effets d'une augmentation du pouvoir discrétionnaire sur la concurrence (Spagnolo et al., 2015; Szucs, 2017), sur la productivité des entreprises remportant les adjudications (Baltrunaite et al., 2018; Szucs, 2017) ou encore les coûts *ex post* des adjudications tels que les prix finaux ou les dépassements des coûts des adjudications (Decarolis et al., 2020; Spagnolo et al., 2015). Les avantages de la discrétion ont été soulignées dans de nombreux travaux, notamment lorsque son utilisation concerne des contrats complexes, c'est-à-dire dans lesquels le degré d'incertitude des coûts est élevé ou lorsque la qualité livrée est incertaine (Bajari & Tadelis, 2001; Bergman & Lundberg, 2014; Decarolis et al., 2020).

Il est également relevé dans la littérature qu'une augmentation du pouvoir discrétionnaire peut entraîner des biais quant à la sélection des entreprises remportant les marchés publics. Cela permet de mettre en évidence que l'utilisation de procédures octroyant un large pouvoir discrétionnaire aux adjudicateurs peut être motivée par des objectifs autres qu'une meilleure allocation des ressources publiques.

2.2.1 L'utilisation des marchés publics pour favoriser des entreprises présélectionnées ?

Selon OCDE (2016), les marchés publics constituent une des activités gouvernementales les plus vulnérables à la corruption. Cette vulnérabilité résulte du volume des adjudications en jeu, des intérêts financiers, de la complexité du processus et l'interaction étroite entre les agents publics et les entreprises. En effet, les marchés publics constituent le principal point de contact entre les politiques et les intérêts du secteur privé rendant ainsi les pratiques tels que le clientélisme ou le népotisme courantes. Si les intérêts des entités adjudicatrices et les intérêts publics ne sont pas alignés, la discrétion pourrait engendrer une augmentation du risque de corruption et

d'attribution à des entreprises politiquement liées. La corruption dans les marchés publics peut se présenter sous deux formes. Premièrement, elle peut émaner des adjudicateurs qui peuvent exercer du favoritisme à l'égard de certains soumissionnaires. Deuxièmement, elle peut se traduire par « raccourcis pris par des entreprises pour accéder à la commande publique » (Marchés publics PME, 2019). Le pouvoir discrétionnaire pourrait alors nuire l'efficacité des marchés si ce dernier est utilisé pour manipuler le marché, par exemple en restreignant la concurrence pour favoriser certaines entreprises.

Le pouvoir discrétionnaire peut alors avoir un impact important sur la sélection des contractants en favorisant un groupe de soumissionnaires par la manipulation de la règle de sélection de l'adjudicateur (Lambert-Mogiliansky & Kosenok, 2009). Un large pouvoir décisionnaire laissé aux adjudicateurs pourrait alors être utilisé dans les procédures de gré à gré en dirigeant les invitations vers des entreprises spécifiques et en empêchant l'entrée de certaines entreprises sur les marchés publics. Dans les enchères avec une règle de notation, c'est-à-dire dans les procédures ouvertes et sélectives, l'adjudicateur pourrait adapter les critères d'adjudication en fonction de caractéristiques propres à une entreprise. Toutefois, il est difficile de déceler ce type de comportement étant donné que le processus de réflexion sous-tendant la création et l'évaluation des appels d'offre reste difficile à vérifier. (Decarolis et al., 2020)

Cependant, des nombreuses preuves empiriques mettent en avant le fait que la pratique discrétionnaire constitue une opportunité pour des pratiques collusives et corruptives. Szucs (2017) souligne que le favoritisme politique est un des mécanismes sous-jacents du pouvoir discrétionnaire. Il démontre que l'utilisation du pouvoir discrétionnaire est motivée par les intérêts privés des adjudicateurs et des politiciens ; il relève qu'une augmentation de la discrétion va alors favoriser les entreprises politiquement liées. Des résultats analogues se retrouvent largement dans la littérature sur les marchés publics (Baltrunaite et al., 2018; Decarolis et al., 2020; Ohashi, 2009).

La discrétion utilisée dans la définition de la pondération des critères de sélection ou d'attribution peut également mener à des comportements collusifs (Burguet & Che, 2004). En effet, les entreprises peuvent être à même de capter ces différentes règles de notation et les utiliser pour maintenir et faire respecter des accords concernant un cartel. Lambert-Mogiliansky et Kosenok (2009) mettent en évidence que le favoritisme va

faciliter la collusion en divulguant des informations privées sur les entreprises et en protégeant les entreprises des préférences sociales choisies par l'adjudicateur. En effet, ces préférences reflèteront les intérêts des entreprises et permettront alors de maintenir la collusion pour *in fine* augmenter les coûts de la collusion pour la société. Le lien entre corruption et collusion est également mis en avant par Lambert-Mogiliansky et Sonin (2005).

Le traitement préférentiel des entreprises locales est également souligné dans la littérature sur le pouvoir discrétionnaire dans les marchés publics. Les adjudicateurs pourraient utiliser le pouvoir discrétionnaire qu'ils disposent pour stimuler l'économie locale en attribuant des marchés à des entreprises locales ou nationales qui peuvent être moins productives mais qui emploient des travailleurs locaux (Szucs, 2017). En effet, un pouvoir discrétionnaire accru favoriserait l'attribution des marchés publics à des soumissionnaires locaux (Coviello & Gagliarducci, 2017; Ohashi, 2009).

Les pratiques discrétionnaires viseraient également à faciliter les interactions répétées entre entités adjudicatrices et entreprises et fermeraient ainsi l'entrée des marchés publics aux nouveaux entrants. En effet, un degré de discrétion plus important dans les marchés publics engendrera une augmentation de la probabilité qu'une entreprise se voit attribuer un marché à plusieurs reprises (Ohashi, 2009; Spagnolo et al., 2015). Toutefois, les avantages de la mise en œuvre de contrats relationnels sont également mis en avant dans la littérature sur les marchés publics. Les avantages des contrats relationnels sont nombreux ; l'établissement d'une relation entre les soumissionnaires et les adjudicateurs permettra de créer une meilleure incitation à l'exécution des contrats en gardant les soumissionnaires motivés par la valeur des marchés futurs (Spagnolo et al., 2015) et ainsi éviter les comportements opportunistes de la part des entreprises (Spagnolo, 2012). Ces résultats rejoignent *l'approche IMP* largement utilisée dans le secteur privé selon laquelle des relations fortes peuvent être centrales pour promouvoir l'efficacité, l'efficacité et l'innovation au sein des organisations (Torvatn & de Boer, 2017).

2.3 Hypothèses

À la suite de notre revue de littérature sur le pouvoir discrétionnaire et la durabilité dans les marchés publics, nous pouvons constater qu'il peut exister plusieurs motivations derrière l'utilisation d'un degré de discrétion plus élevé et d'objectif secondaire à la

passation des marchés publics. Nous pourrions alors nous interroger sur les motivations réelles derrière l'adoption rapide de l'AIMP 2019 par les trois cantons, à savoir Argovie, Appenzell Rhodes-Intérieures et Thurgovie alors que huit autres cantons n'ont pas encore entamé la procédure d'adhésion au nouvel accord. Ainsi, nous pourrions émettre les hypothèses suivantes :

H1 : Derrière l'adoption de l'AIMP, il y a une réelle volonté de changement de paradigme, à savoir une prise en compte de la durabilité dans les achats publics.

H1.1 : Les critères de « durabilité » se retrouveraient alors plus fréquemment dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019 que dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001 et la pondération choisie pour ces critères devraient être supérieure dans les appels d'offre soumis à l'AIMP 2019.

H1.2 : Un nombre plus important de critères devraient être utilisés dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019 et la pondération choisie pour le critère « prix » devrait être moins importante.

H1.3 : Nous devrions également constater un changement de profil des entreprises remportant les adjudications soumises à l'AIMP 2019 par rapport aux entreprises remportant les adjudications soumises à l'AIMP 2001, à savoir des entreprises plus vertes et sociales.

Bien que l'espace réglementaire laissé à la discrétion est réduit pour les cantons avec le nouveau AIMP dans la mesure où l'accord règle toutes les procédures dans le détail, le niveau de discrétion laissé aux adjudicateurs se retrouvent renforcé au cours de la procédure de passation des marchés publics. En effet, comme nous l'avons observé dans le premier chapitre, l'AIMP 2019 vise un changement de paradigme vers des marchés publics axés sur la qualité. Pour ce faire, le critère de la qualité a été rendu obligatoire au même titre que le prix. De plus, le principe de « l'offre avantageuse » a remplacé le principe de « l'offre économique la plus avantageuse ». La possibilité de prendre en compte d'autres critères a également été rendu possible dans l'accord intercantonal révisé. Toutefois, les dispositions réglant les critères d'adjudication restent vagues concernant la règle de notation à adopter et laisse une grande liberté aux adjudicateurs quant à la conception des appels d'offres que ce soit au niveau des critères à prendre en compte et de la pondération relative de ces critères. En outre, le critère

« qualité » reste une notion polysémique et subjective qui tend alors à accroître le pouvoir discrétionnaire des entités adjudicatrices. En effet, aucune précision ne se trouve dans les textes législatifs en ce qui concerne la définition du critère « qualité », laissant ainsi une discrétion importante aux pouvoirs adjudicateurs quant à la définition de ce critère. De plus, une définition si imprécise de la signification du critère qualité, tend vers le risque de faire de ce critère, un critère que l'on peut qualifier de « fourre-tout (Boulogne, 2013, p. 27) » qui pourrait alors être propices à diriger les appels d'offres vers des entreprises sélectionnées au préalable. Nous pourrions également adopter le même raisonnement pour le critère « durabilité » qui laisse une marge discrétionnaire importante aux adjudicateurs dans sa définition et dans les sous-critères à prendre en compte pour juger ce critère.

H2 : La plus grande discrétion laissée dans les appels d'offres permet aux adjudicateurs cantonaux de distordre la concurrence en dirigeant les appels d'offres vers des entreprises présélectionnées.

H2.1 : La plus grande discrétion laissée aux adjudicateurs permet de favoriser les entreprises locales. Dans ce cas-ci, les cantons utiliseraient cette plus grande marge discrétionnaire comme politique régionale ou structurelle dans le but de favoriser les entreprises cantonales et de favoriser l'emploi dans le canton.

H2.2 : La plus grande marge de discrétion permettrait de reconduire des contrats avec des entreprises avec lesquelles les cantons ont déjà travaillé en adaptant les critères d'adjudication selon les critères de ces entreprises.

3 Analyse empirique

Pour tester ces hypothèses, nous allons analyser une série d'appels d'offres soumis à l'AIMP 2019 que nous allons comparer avec des appels d'offre soumis à l'AIMP 2001. Pour des raisons de faisabilité, nous allons nous concentrer sur un seul stade de la passation des marchés publics, à savoir les critères d'adjudications utilisés lors des appels d'offres et leurs pondérations. Puis, nous allons nous intéresser au profil des soumissionnaires gagnants que ce soit en matière de leurs situations géographiques ou de leurs caractéristiques durables.

3.1 Sélection des données

3.1.1 Échantillon – cantons

Pour le canton d'Argovie, sur la plateforme *Intelliprocure* et *simap*, depuis l'entrée en vigueur de l'AIMP 2019, 49 appels d'offres et adjudications sont disponibles. Sur ces 49 passations de marchés publics, 73,47% sont des procédures ouvertes (36 appels d'offres). Les procédures de gré à gré sont utilisées dans 22,45% des cas, soit dans 11 appels d'offres (*figure 3*). Deux marchés sont adjugés selon une procédure sélective, soit dans 4,08%. Sur les 36 appels d'offres régis par la procédure ouverte, nous avons des données concernant les critères d'adjudication pour 30 appels d'offres.

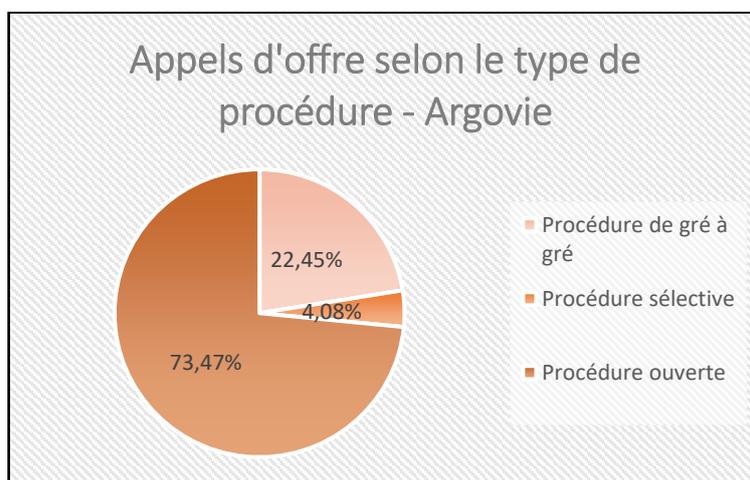


Figure 3 Appels d'offres Argovie - par type de procédures

Depuis l'adoption de l'AIMP 2019, le canton d'Appenzell-Rhodes intérieur a lancé trois appels d'offres. Ces trois appels d'offres sont des procédures ouvertes pour des travaux de construction non soumis aux traités internationaux. Toutefois, seul un de ces appels d'offres a été adjugé. Pour ce canton, les données disponibles ne sont donc pas

représentatives. Le canton de Thurgovie ayant adopté l’AIMP 2019 récemment, aucun appel d’offres n’a encore été passé sous le nouveau droit.

Pour notre échantillon, nous nous concentrons donc sur les appels d’offres passés par le canton d’Argovie. Par manque de représentativité, nous ne traiterons pas des appels d’offre passé selon la procédure sélective. Ainsi, nous nous focaliserons sur les procédures ouvertes et les procédures de gré à gré. Les marchés adjugés selon une procédure ouverte signifient que l’adjudicateur lance un appel d’offres public pour le marché à attribuer et chaque soumissionnaire intéressé peut présenter une offre. Les données issues des marchés adjugés selon ce type de procédure nous permettront alors d’analyser les critères d’adjudication utilisés, leur pondération et le profil des entreprises remportant les adjudications. Pour les marchés adjugés selon la procédure de gré à gré, nous nous intéresserons seulement aux caractéristiques des entreprises. En effet, dans ce type de procédure, le marché est directement adjugé à un soumissionnaire sans faire l’objet d’un appel d’offres. Lorsque des marchés sont adjugés selon ce type de procédure, l’adjudicateur disposait déjà, pour les marchés soumis l’AIMP 2001, d’un pouvoir discrétionnaire quasi-total. Ces données nous permettront alors d’isoler l’effet potentiel de la durabilité pour les marchés adjugés selon l’AIMP 2019.

3.1.2 Échantillon – secteur

Pour la classification, nous nous servons de la classification selon les listes CPV. Les codes CPV sont un système de classification utilisé dans les marchés publics développé par l’Union Européenne et repris au niveau suisse (Simap, 2022).

Depuis le 1^{er} juillet 2021, dans le canton d’Argovie, 73,33% des marchés passés selon la procédure ouverte concernent les « travaux de construction ». Les secteurs des « Services de technologies de l’information, conseil, développement de logiciels, internet et appui » et du « Service d’assurance accident » représentent respectivement 6,67% des appels d’offre lancés pendant cette période. Les « services d’appui et services auxiliaires dans le domaine des transports, services des agences de voyages », le secteur des « équipements de signalisation de carrefour » des « équipements de transport et produits auxiliaires pour le transport » et le « service d’ingénierie » représentent chacun 3,33% des marchés totaux adjugés.

En ce qui concerne les procédures de gré à gré, sur les 11 appels d'offres, 45,45% concerne les « services de bureaux d'études ». Le secteur des « services informatiques : conseil développement de logiciels, Internet et assistance » ainsi que les « travaux de construction » représentent chacun 18,18% des appels d'offres. Les secteurs des « logiciels et systèmes d'information » et des « services d'installation de machines et d'équipement à usage spécifique » représentent respectivement 9,09% des appels d'offres.

Appels d'offres soumis à l'AIMP 2019 (Canton Argovie) - par secteurs :				
Procédures ouvertes :	Nombre d'appels d'offres passés sous AIMP 2019	Pourcentage d'appels d'offres passés sous AIMP 2019	Nombre d'appel d'offre passés sous AIMP 2001	Pourcentage d'appels d'offres passés sous AIMP 2001
72000000: Services de technologies de l'information, conseil, développement de logiciels, internet et appui	2	6,67%	2	6,67%
665121000: Service d'assurance accident	2	6,67%	2	6,67%
6300000: Services d'appui et services auxiliaires dans le domaine des transports, services des agences de voyages	1	3,33%	1	3,33%
35262000: Equipement de signalisation de carrefour	1	3,33%	1	3,33%
34000000: Equipement de transport et produits auxiliaires pour le transport	1	3,33%	1	3,33%
71300000: Service d'ingénierie	1	3,33%	1	3,33%
45000000: Travaux de construction	22	73,33%	22	73,33%
Total	30	100%	30	100%
Procédure de gré à gré :				
45000000 - Travaux de construction	2	18,18%	1	12,50%
72000000 - Services informatiques : Conseil, développement de logiciels, Internet et assistance	2	18,18%	2	25,00%
48000000 - Logiciels et systèmes d'information	1	9,09%	1	12,50%
51540000 - Services d'installation de machines et d'équipements à usage spécifique	1	9,09%	0	0,00%
71300000 - Services de bureaux d'études	5	45,45%	4	50,00%
Total	11	100%	8	100%

Tableau 1 Appels d'offres pour le canton d'Argovie classés selon les secteurs

Afin de pouvoir comparer les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001 et les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019, nous avons sélectionné, en nous basant sur les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019, le même nombre d'appels d'offres soumis à l'AIMP 2001. De plus, nous avons sélectionné des marchés ayant été adjudgés selon le même type de procédure et concernant les mêmes secteurs. Pour les adjudications passées selon la procédure ouverte, nous avons trouvé 30 appels d'offres s'étendant du 1^{er} juin 2012 au 26 février 2021. Le *tableau 1* nous permet d'observer que, pour ces secteurs, un plus grand nombre de procédures de gré à gré ont été utilisées sous l'AIMP 2019 en l'espace de moins d'une année contrairement à l'ensemble des marchés pour ces secteurs soumis à l'AIMP 2001 et s'étendant sur une période allant du 11 novembre 2014 au 6 août 2020. En effet, pour les procédures de gré à gré des secteurs étudiés, nous avons trouvé 8 appels d'offres sur les 11 marchés adjudgés selon une procédure de gré à gré pour la période AIMP-2019. Il nous manque un appel d'offres pour le secteur « travaux de construction », un appel d'offre pour les « services de bureaux d'études » et un appel d'offres pour « services d'installation de machine et d'équipements à usage spécifique ». Cela peut s'expliquer par le fait que l'utilisation de la procédure de gré à

gré, dans tous les cas, n'est jamais justifiée par la valeur-seuil mais par des mesures spéciales prévues par la loi qui répondent à des besoins spécifiques dans une période donnée.

3.2 Base de données

3.2.1 Intelliprocure

Les appels d'offres et les documents utilisés dans ce travail ont été sélectionnés sur la plateforme Intelliprocure (<https://intelliprocure.ch>). Intelliprocure est une plateforme créée par *l'Institute Public Sector Transformation* de la Haute école spécialisée bernoise. Sur cette plateforme, les annonces, les documents d'appel d'offres et les adjudications publiés sur Simap sont enregistrés et traités. La plateforme met également à disposition une analyse sur les soumissionnaires. Intelliprocure nous a donc permis de sélectionner les appels d'offres pertinents pour ce travail et nous a également permis d'avoir de plus amples informations sur les soumissionnaires, notamment sur le nombre de contrats remportés dans le canton.

3.2.2 Durabilité des entreprises

Pour juger la durabilité d'une entreprise, nous nous baserons sur l'indicateur ESG (Environnemental, social and governance) de Dun & Bradstreet (D&B). Cet indicateur est basé sur 13 critères : quatre critères environnementaux (ressources naturelles, émissions de GES et climat, risque environnemental et opportunités environnementales), six critères sociaux (capital humain, gestion de la qualité des produits, engagement des clients, engagement de la communauté, engagement des fournisseurs et certifications) et trois critères de gouvernance (gouvernance d'entreprise, comportements de l'entreprise et résilience de l'entreprise). Ces 13 critères sont répartis en 31 sous-critères ESG. (Dun & Bradstreet, 2022)

Cet index s'appuie sur des sources gouvernementales, des sources publiques, des sources de données privées, des certifications de tierces parties, d'information commerciale exclusive de D&B et d'information fournie à D&B par les entreprises visées qui ont été évaluées par D&B. Une échelle de 5 points est utilisée pour indiquer la performance des entreprises, 1 indiquant la meilleure performance en matière d'ESG et 5 indiquant une mauvaise performance en matière de gestion des risques ESG (Dun & Bradstreet, 2022).

3.2.3 Localisation des entreprises

Pour la localisation des entreprises, nous nous baserons sur les données issues d'*Intelliprocare*. Lorsque les données n'étaient pas disponibles sur la plateforme *Intelliprocare*, nous nous baserons sur les données sur l'index central des raisons de commerce de la Confédération suisse (<https://www.zefix.ch>).

3.3 Résultats

Dans un premier temps, nous analyserons les adjudications passées selon les procédures ouvertes, nous analyserons comment les critères de durabilité sociale et écologique sont utilisés dans les deux groupes d'appels d'offre étudiés. Puis, nous observerons s'il existe un changement dans le profil des entreprises ayant remporté les adjudications. Finalement, nous analyserons les résultats pour les marchés adjugés selon une procédure de gré à gré. En adjudiquant un marché selon une procédure de gré à gré, l'adjudicateur dispose déjà d'un degré de discrétion très élevé étant donné qu'il ne doit pas adjuger le marché en lançant un appel d'offres. Toutefois, nous allons nous interroger si, depuis l'adoption d'un texte législatif qui vise à un changement de paradigme dans la culture d'achat des pouvoirs publics, nous constatons un changement dans le profil des entreprises sélectionnées.

3.3.1 Procédure ouverte

3.3.1.1 L'adoption de l'AIMP 2019 a-t-elle contribué à des appels d'offres incluant davantage de durabilité ?

<p>Les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019 incluent davantage de critères de durabilité (76,67%) que les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001 (46,67%).</p>

Dans les 30 appels d'offres régis par l'AIMP 2019 et passés selon une procédure ouverte, nous retrouvons un/des critères durables à 23 reprises, soit dans 76,67%. Pour le secteur des travaux de construction, un ou plusieurs critères durables sont mentionnés dans tous les appels d'offres. Concernant les autres secteurs, pour les deux appels d'offre « Services de technologies de l'information, conseil, développement de logiciels, internet et appui », le critère apparaît dans un seul des appels d'offres. Pour les appels d'offres des autres secteurs, aucun critère durable n'est utilisé. Sur les 23 appels d'offres incluant des critères de durabilité, 13 appels d'offres contiennent un ou plusieurs critères de durabilité sociale, 3 appels d'offres contiennent un ou des critères

de durabilité environnementale et 7 appels d'offres contiennent des critères de durabilité sociale et environnementale.

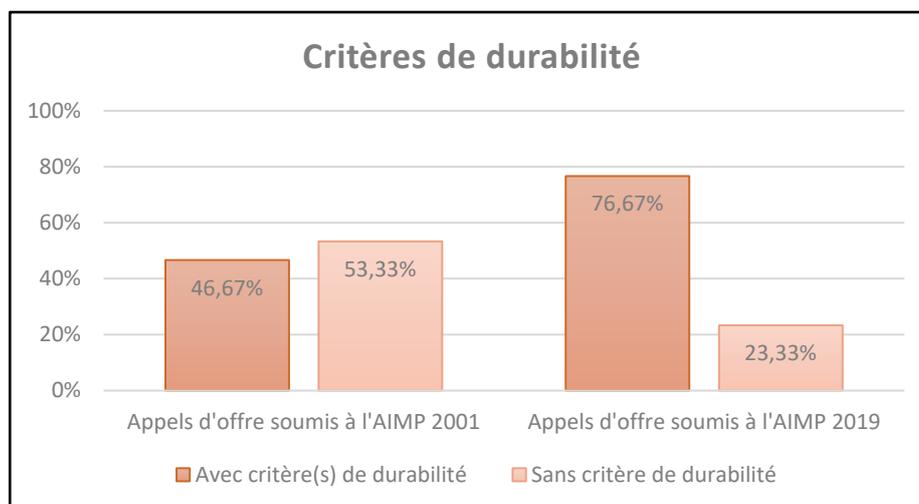


Figure 4 Pourcentages des appels d'offres incluant des critères liés à la durabilité dans les adjudications passées selon une procédure ouverte pour le canton d'Argovie

Pour les appels d'offre soumis à l'AIMP 2001, un ou plusieurs critères de durabilité sont utilisés dans 14 appels d'offre, soit dans 46,67%. Ses critères durables sont inclus exclusivement dans des appels d'offres concernant des travaux de construction. Sur ses 14 appels d'offres comprenant des critères de durabilité, 7 appels d'offres contiennent un ou plusieurs critères de durabilité sociale, 4 appels d'offres contiennent un ou des critères de durabilité environnementale et 3 appels d'offres contiennent des critères de durabilité sociale et environnementale.

Durabilité sociale

Trois nouveaux critères de durabilité sociale sont inclus dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019. Toutefois, la pondération moyenne des critères de durabilité sociale est légèrement plus élevée dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001 (5%) que dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019 (4,81%).

Pour les critères de durabilité sociale utilisés dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019, nous retrouvons la « promotion et formation des collaborateur », les « apprenants et personnes âgées », la « sécurité et santé » et « formation des apprentis ». Pour les critères de durabilité sociale dans les appels d'offre soumis à l'AIMP 2001, nous retrouvons « apprenti », « formation » ou « apprentissage ». Dans les appels d'offres

soumis à l’AIMP 2019, nous retrouvons donc trois nouveaux critères : la « sécurité et santé » qui est utilisé dans 23,33% des appels d’offres étudiés et la « promotion et formation des collaborateurs » que nous retrouvons dans 3,33% des appels d’offres soumis à l’AIMP 2019. Dans les appels d’offre soumis à l’AIMP 2019, le critère des apprentis est complété par la possibilité de prendre en compte le taux d’emploi des personnes âgées au sein des entreprises soumissionnaires. Nous retrouvons ce double critère dans 33,33% des appels d’offres. Exceptées ces trois nouveautés, les critères de durabilité sociale utilisés, restent, en substance, identiques dans les appels d’offres soumis à l’AIMP 2019 et les appels d’offres soumis à l’AIMP 2001. Nous nous retrouvons seulement face à des dénominations différentes. Dans les deux groupes d’appels d’offres utilisé, le critère des apprentis se retrouvent dans 33,33% des appels d’offres, soit à 10 reprises dans les appels d’offres soumis à l’AIMP 2001 et est inclus dans 40% des appels d’offres, soit dans 12 appels d’offres soumis à l’AIMP 2019. Les critères concernant les apprentis conservent la même pondération dans les deux groupes d’appels d’offres étudiés, à savoir 5%. La pondération choisie pour les trois nouveaux critères utilisés est plus faible ; elle varie entre 2,5% et 5%. Bien que les critères de durabilité sociale soient utilisés dans deux fois plus d’appels d’offres soumis à l’AIMP 2019 qu’à l’AIMP 2001, la pondération moyenne choisie pour ce critère diminue, passant de 5% à 4,81%.

Procédures ouverte					
AIMP 2019 - AG - critères		Occurrence	Pondération	AIMP 2001 - AG - critères	
Critère durabilité sociale :				Critère durabilité sociale:	
Promotion et formation des collaborateurs		3,33%	2,50%	Aucun critère similaire	
Formation des apprentis/Ausbildung Lernende		6,67%	5%	Apprenti / Lehrling	33,33% 5%
				Formation/Ausbildung	
				Apprentissage/Lehrlingsausbildung	
Durabilité/Nachhaltigkeit : apprenants et personnes âgées		33,33%	5%	Aucun critère similaire ou ayant la même pondération	
Santé et sécurité		23,33%	3%		
Total et pondération moyenne		66,66%	4,81%	Total et pondération moyenne	33,33% 5%

Tableau 2 Comparaison des critères de durabilité sociale utilisés dans les appels d'offres régis par une procédure ouverte dans canton d'Argovie et leurs pondérations

Les critères de durabilité environnementale sont davantage inclus dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019 (33,33%) que dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001 (23,33%). Toutefois, la pondération moyenne des critères de durabilité environnementale est plus élevée dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001 (12,85%) que dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019 (5,10%).

Pour les critères concernant la durabilité environnementale, nous retrouvons, pour les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019, les critères « environnement/Umwelt » et « durabilité/Nachhaltigkeit » dans 33,33% des appels d'offres. Pour 23,33% d'appels d'offres dans lesquels le critères « durabilité » est inclus, nous disposons des sous-critères utilisés, à savoir la « gestion de qualité » et la « gestion de l'environnement ». Pour les critères de durabilité environnementale utilisés dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001, nous retrouvons le critère « environnement » dans 23,33% des appels d'offre. Dans les appels d'offre soumis à l'AIMP 2019, les critères « environnement » et « durabilité » représente 10% de la pondération totale de l'adjudication. À contrario, lorsque le critère « environnement » est utilisé dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001, la pondération de ce critère varie de 5% à 20%. Ainsi, la pondération moyenne de ces critères est supérieure dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001 (12,85%).

Dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019, la « gestion de qualité » est utilisée comme sous-critère au critère « durabilité ». Nous retrouvons ce sous-critère dans les appels d'offre soumis à l'AIMP 2001. Toutefois, dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001, il est utilisé comme sous-critère du critère « compétence » et sa pondération varie entre 2,5% et 4,5% de la pondération totale de l'adjudication contre 4% dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019. Cependant, il est difficile de dire combien de fois nous retrouvons ces critères étant donné que nous ne disposons pas des sous-critères pour tous les appels d'offres. Les sous-critères pour le critère « compétence » sont disponibles dans 23,33% des appels d'offres et le sous-critère « gestion du qualité » se retrouve dans 10% des appels d'offres. Le critère « compétence » revient dans 50% des appels d'offres étudiés pendant la période AIMP 2001. Néanmoins, nous ne pouvons pas affirmer avec exactitude que le sous-critère « gestion de la qualité » apparait dans les 50% des appels d'offres, car nous ne

disposons pas des sous-critères pour chacun des appels d'offres. De plus, dans 13,33% des appels d'offres, le critère « compétence » n'englobe pas le sous-critères « gestion de la qualité ».

Procédures ouverte					
AIMP 2019 - AG - critères			AIMP 2001 - AG - critères		
	Occurrence	Pondération		Occurrence	Pondération
Critères durabilité environnementale :			Critères durabilité environnementale :		
Environnement/Umwelt	3,33%	10%	Environnement/Umwelt	6,67%	10%
Durabilité/Nachhaltigkeit	6,67%	10%	Aucun critère similaire ou ayant la même pondération		
Aucun critère similaire ou ayant la même pondération			Environnement/Umwelt	3,33%	20%
			Environnement/Umwelt	10,00%	15%
			Environnement/Umwelt	3,33%	5%
Gestion de la qualité	23,33%	4%	Aucun critère similaire ou ayant la même pondération		
Gestion de l'environnement	23,33%	3%			
Total et pondération moyenne	33,33%	5,10%	Total et pondération moyenne	23,33%	12,85%

Tableau 3 Comparaison des critères de durabilité environnementale utilisés dans les appels d'offres régis par une procédure ouverte dans canton d'Argovie et leurs pondérations

Pour les marchés soumis à l'AIMP 2019, aucun des marchés contenant des critères sociaux n'est soumis aux marchés internationaux. Pour les appels d'offres contenant des critères de durabilité environnementale, 33,33% de ces marchés sont soumis aux traités internationaux. Pour les appels d'offres contenant des critères de durabilité sociale et environnementale, 85,71% sont soumis aux traités internationaux.

Pour les marchés soumis à l'AIMP 2001, 85,71% des appels d'offres incluant des critères de durabilité sociale sont soumis aux traités internationaux. Tous les appels d'offres incluant des critères de durabilité environnementale et des critères de durabilité sociale et environnementale sont soumis aux traités internationaux.

Sous l'AIMP 2001, l'intégration de critères durables ne diffère pas si un marché est soumis aux traités internationaux alors que pour les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019, nous observons que lorsque le marché est soumis aux traités internationaux, les critères de durabilité sociale ne sont pas utilisés dans les appels d'offres.

Ces résultats permettent de partiellement valider *H1.1*. En effet, nous retrouvons le critère de durabilité dans un plus grand nombre d'appels d'offres soumis à l'AIMP 2019 (dans 76,67% des cas contre 46,67% des appels d'offres soumis à l'AIMP 2001). Nous observons une augmentation de l'utilisation de ce critère que ce soit dans sa composante environnementale et sociale. De plus, de nouveaux critères ont été ajoutés tels que la possibilité de prendre en compte l'emploi des personnes âgées dans les entreprises soumissionnaires, la santé et la sécurité ou la formation des collaborateurs. Toutefois,

nous pouvons également constater que certains critères, notamment la « gestion de la qualité » étaient déjà inclus dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001 mais sont désormais considérés comme des sous-critères du critère « durabilité ».

Cependant, nos résultats ne nous permettent pas d'observer une augmentation de la pondération de ces critères. La pondération choisie pour l'aspect social de la durabilité diminue légèrement. Pour les nouveaux critères de durabilité sociale, la pondération choisie est relativement faible, entre 2,5% et 5% de la pondération totale. Pour l'aspect environnementale de la durabilité, bien que ce critère soit moins inclus dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001, lorsqu'il est inclus dans ces appels d'offres, la pondération est, dans 57,14% des cas supérieure à 10%, c'est-à-dire supérieure à la pondération choisie pour ce critère dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019.

3.3.1.2 L'adoption de l'AIMP 2019 permettrait-elle d'inclure davantage de critères d'adjudication et d'accorder au critère « prix » une pondération inférieure ?

Malgré un nombre moyen de critères utilisés légèrement supérieur dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019, la moyenne de la pondération du critère « prix » est supérieure dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019. Le prix reste donc fortement le critère principal.

Le nombre moyen de critères utilisés dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019 a légèrement augmenté passant de 3,04 critères à 3,27 critères par appel d'offre.

En moyenne, la pondération accordée au critère « prix » a également augmenté de 57% à 62% dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019. Nous constatons que le prix reste alors le critère de pondération principale lors des passations des marchés publics bien que le nouvel accord mette l'accent sur la qualité.

Dans 63,33% des appels d'offres soumis à l'AIMP 2019 (exclusivement dans le secteur des travaux de construction), nous retrouvons la règle de notation « prix-qualité-durabilité ». Les moyennes des pondérations choisies pour ces critères sont les suivantes :

100% (pondération totale) = 73% (prix) + 20% (qualité) + 7% (durabilité)

Parmi les appels d'offres contenant la règle de notation « prix-qualité-durabilité », dans 84,21% des appels d'offres, le critère « qualité » englobe quatre sous-critères. Ces sous-critères sont les suivants : « qualité de l'exécution du contrat d'entreprise », « respect des coûts », « respect des délais », « gestion du chantier ». La pondération choisie pour ces quatre sous-critères est 5%. Dans 15,79% des appels d'offres nous ne disposons d'aucune donnée concernant les sous-critères.

Dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001, nous retrouvons déjà certains sous-critères d'adjudication similaires aux sous-critères utilisés pour le critère « qualité » dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019. Nous retrouvons notamment le critère « mesures pour garantir les délais » qui était déjà inclus dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001. Ce critère était utilisé comme sous-critère pour le critère « analyse de la mission » et « analyse de la commande ». Nous retrouvons ces sous-critères dans deux appels d'offres soumis à l'AIMP. Ici encore, il est difficile de dire exactement à combien de reprises ce critère est inclus, car nous ne disposons pas des sous-critères pour tous les appels d'offres et dans certains cas ces deux critères n'incluent pas le sous-critère « mesures pour garantir les délais ». Toutefois, les critères « analyse de la mission » et « analyse de la commande » sont inclus dans 8 appels d'offres, soit 26,67% des appels d'offres. Lorsque ce sous-critère était disponible dans nos données, la pondération choisie variait de 7,5% à 10% dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001 et 5% dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019.

Ainsi, nos résultats ne nous pas permettent de vérifier l'hypothèse *H1.2*. La plus grande discrétion laissée aux adjudicateurs par l'AIMP 2019 a amené à légèrement inclure un plus grand nombre de critères d'adjudication. Toutefois, la pondération choisie pour le critère du prix est, en moyenne, plus élevée dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019 et reste le critère principal pour l'adjudication des marchés étudiés.

3.3.1.3 L'adoption de l'AIMP 2019 conduit-elle à la sélection d'entreprises plus durables ?

L'adoption de l'AIMP 2019 aurait permis de légèrement favoriser les soumissionnaires qui disposent d'un meilleur score en matière de ESG.

Les entreprises remportant les appels d'offres régis par l'AIMP 2019 ont un score moyen de 1,66 contre 1,8 pour les entreprises ayant remportées les marchés soumis à

l'AIMP 2001. Pour rappel, 1 représente une meilleure performance en matière de gestion des risques ESG. En moyenne, les entreprises ayant remporté les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019 affichent un score supérieur de 3,5%.

À première vue, ces résultats nous permettraient, bien que ce changement soit faible, de valider l'hypothèse *H.1.3* selon laquelle l'adoption de l'AIMP a engendré un changement de profil des entreprises en matière de caractéristiques durables de ces dernières. Toutefois, en analysant les appels d'offres, nous avons observé que la pondération choisie pour les critères de durabilité était faible. Ces résultats peuvent davantage être interprétés comme une tendance générale des entreprises à appliquer des systèmes de *corporate social responsibility*.

3.3.1.4 L'adoption de l'AIMP 2019, en accordant davantage de discrétion, permettrait-elle de diriger les appels d'offres vers des entreprises présélectionnées ?

3.3.1.4.1 Entreprises cantonales

L'adoption de l'AIMP 2019 aurait permis de favoriser l'attribution des marchés publics argoviens à des entreprises cantonales.

En effet, nous observons que, dans les adjudications régies par l'AIMP 2019, 52,63% des entreprises sont des entreprises cantonales contre 46,67% dans les adjudications régies par l'AIMP 2001. Nous constatons ainsi une hausse de 5,96 points de pourcentage dans la représentation des soumissionnaires gagnants locaux. Ces résultats nous permettent de confirmer l'hypothèse *H2.1* selon laquelle la plus grande discrétion laissée au pouvoir adjudicateur permettrait de favoriser les entreprises locales.

3.3.1.4.2 Nombre de victoires répétées

L'adoption de l'AIMP 2019 permettrait de légèrement favoriser les entreprises qui ont déjà remporté des adjudications au niveau cantonal.

Si nous nous focalisons sur le nombre de contrats remportés par les entreprises avant la date d'adjudication des appels d'offres étudiés, le nombre moyen de contrats remporté est de 0,8 contrat pour les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001 contre 0,97 contrat pour les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019. L'AIMP 2019 permettrait alors de

favoriser d'avantage les entreprises avec lesquelles le canton a déjà travaillé. Ainsi, notre hypothèse *H2.2* est confirmée.

3.3.1.4.3 Profil des nouvelles entreprises

L'adoption de l'AIMP 2019 aurait permis de favoriser davantage l'entrée sur le marché de nouvelles entreprises cantonales.

Parmi les nouvelles entreprises sur les marchés publics argoviens, 50% de ces nouvelles entreprises sont des entreprises cantonales pour les adjudications soumises à l'AIMP 2019 contre 33,33% pour les adjudications soumis à l'AIMP 2001.

3.3.2 Procédure de gré à gré

Pour les marchés adjugés selon une procédure de gré à gré, nous ne pouvons pas tester toutes nos hypothèses étant donné que l'adjudication pour ces marchés ne résulte pas d'un appel d'offre. Ainsi, seules les hypothèses liées au potentiel changement du profil des entreprises sélectionnées peuvent être testées. Nous analyserons alors si l'adoption de l'AIMP 2019 a engendré la sélection d'entreprises plus vertes et sociales (*H1.3*), ainsi que davantage d'entreprises cantonales (*H2.1*) et d'entreprises avec lesquelles les pouvoirs adjudicateurs ont déjà travaillé (*H2.2*). Les marchés adjugés selon ce type de procédure nous permettront alors d'isoler l'effet potentiel de la durabilité pour les marchés adjugés selon l'AIMP 2019.

3.3.2.1 Depuis l'adoption de l'AIMP 2019, pouvons-nous constater un changement dans le profil des entreprises ayant remporté les marchés adjugés selon une procédure de gré à gré ?

3.3.2.1.1 ESG ranking

Les entreprises remportant les marchés relevant d'une procédure de gré à gré et soumis à l'AIMP 2019 disposent d'un score ESG moins favorable que les entreprises ayant remporté les adjudications sous l'AIMP 2001.

L'adoption de l'AIMP 2019 n'aurait pas, pour les marchés adjugés selon la procédure de gré à gré, permis de favoriser les soumissionnaires qui disposent d'un meilleur score en matière de ESG. En effet, nous observons que les entreprises sélectionnées disposent d'un score ESG moyen inférieur de 15,625% par rapport aux entreprises remportant les

adjudications en 2001. Les entreprises remportant les appels d'offres régis par l'AIMP 2019 ont un score moyen de 2 contre 1,375 pour les entreprises ayant remporté les marchés soumis à l'AIMP 2001. Pour rappel, 1 représente une meilleure performance en matière de gestion des risques ESG. Ainsi, nos résultats ne nous permettent pas de valider l'hypothèse *H.1.3* selon laquelle l'adoption du nouveau droit mène à un changement de profil des entreprises en matière de caractéristiques durables.

3.3.2.1.2 Entreprises cantonales

Les marchés adjugés selon une procédure de gré à gré et soumis à l'AIMP 2019 ont davantage favorisé les entreprises cantonales.

Les marchés adjugés selon une procédure de gré à gré ont davantage été attribués à des entreprises cantonales. Nous observons une augmentation de 20,83 points de pourcentage dans l'adjudication des marchés publics à des entreprises cantonales. En effet, dans les adjudications régies par l'AIMP 2019, 33,33% des marchés ont été adjugés à des entreprises cantonales contre 12,5% des adjudications régies par l'AIMP 2001.

3.3.2.1.3 Nombre de victoires répétées

Les entreprises remportant les marchés relevant d'une procédure de gré à gré et soumis à l'AIMP 2019 ne représentent pas plus d'entreprises qui ont déjà remporté des adjudications au niveau cantonal mais plutôt des entreprises nouvelles sur les marchés publics argoviens.

Le nombre moyen de projets remportés par les entreprises est de 0,2 contrat pour les adjudications soumises à l'AIMP 2019 contre 0,75 contrat pour les adjudications soumises à l'AIMP 2001. De plus, pour les adjudications soumises à l'AIMP 2019, 80% des entreprises sont des nouvelles entreprises sur les marchés publics argoviens contre 62,5% pour les adjudications soumises à l'AIMP 2001.

3.3.2.1.4 Profil des nouvelles entreprises

Les marchés adjugés selon une procédure de gré à gré et soumis à l'AIMP 2019 ont davantage favorisé l'entrée sur le marché de nouvelles entreprises cantonales.

Dans les adjudications soumises à l'AIMP 2019, 80% des marchés sont adjugés à des nouvelles entreprises. Parmi ces nouvelles entreprises, 41,67% sont des entreprises cantonales. Pour les adjudications soumises à l'AIMP 2001, 20% des nouvelles entreprises sont des entreprises cantonales. Nous observons donc une augmentation de 38,33 points de pourcentage en ce qui concerne l'entrée de nouvelles entreprises cantonales sur les marchés publics argoviens.

3.4 Analyse des résultats

Nos résultats réfutent les hypothèses H1, H1.1, H1.2 et H1.3

À la suite de nos résultats, notre première hypothèse selon laquelle il y a une réelle volonté de changement de paradigme est réfutée. En effet, bien que la durabilité se retrouve dans un plus grand nombre d'appels d'offres, la pondération accordée à ces critères reste faible. De plus, en comparaison avec l'utilisation de ces critères dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001, les pondérations moyennes accordées aux critères liés à la durabilité sont inférieures que ce soit pour les critères de durabilité sociale comme pour les critères de durabilité environnementale.

Malgré qu'un nombre légèrement plus important de critères soient utilisé dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019, la moyenne du critère prix est supérieure dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019 et reste le critère le plus important pour l'attribution des marchés publics.

Bien que pour les marchés adjugés selon une procédure ouverte et soumis à l'AIMP 2019, les entreprises gagnantes disposent d'un score ESG supérieur par rapport aux entreprises gagnant les marchés soumis à l'AIMP 2001, la faible pondération accordée aux critères « durables » ne permet pas de corroborer notre première hypothèse. De plus, les entreprises remportant des marchés adjugés selon des procédures de gré à gré ne disposent pas d'un meilleur score ESG. Pour rappel, ce groupe d'adjudications avait pour but d'isoler l'effet de la durabilité de l'effet de la discrétion. Ainsi, nos résultats ne nous permettent pas de constater davantage de considérations sociales et écologiques dans la pratique des marchés publics.

Nos résultats ne nous permettent pas de corroborer H2

Étant donné le manque de données à disposition, il n'a pas été possible d'évaluer la subjectivité des critères d'attribution « qualité » et « durabilité » ainsi que le système d'évaluation de ces critères. Le seul document à notre disposition est une grille d'évaluation pour les sous-critère du critère « qualité », à savoir « qualité de l'exécution du contrat d'entreprise », « respect des coûts », « respect des délais », « gestion du chantier ». Cette grille comportait, pour chaque critère, cinq alternatives d'évaluation : insuffisant, suffisant, bon et très bon. Ce système d'évaluation laisse une large discrétion aux pouvoirs adjudicateurs dans la mesure où le choix des alternatives ne semble pas devoir être justifié. Toutefois, il est possible que d'autres documents d'évaluation soient disponibles.

Nos résultats corroborent H2.1

Que ce soit pour les marchés attribués selon une procédure ouverte comme pour les marchés attribués selon une procédure de gré à gré, nos résultats démontrent que les entreprises remportant les marchés soumis à l'AIMP 2019 sont davantage des entreprises cantonales. De plus, parmi les nouvelles entreprises sur les marchés argoviens, davantage d'entreprises sont des entreprises cantonales.

Nos résultats corroborent H2.2

Pour les marchés soumis à l'AIMP 2019 et adjugés selon une procédure ouverte, les marchés sont davantage attribués à des entreprises ayant remporté un nombre de contrats plus importants sur les marchés publics argoviens. Ces résultats nous permettraient donc en partie de confirmer la théorie des contrats relationnelles. Toutefois, cet effet ne se retrouve pas pour les marchés ayant été adjugés selon une procédure de gré à gré.

Ainsi, nos résultats semblent tendre vers une utilisation de la discrétion et de la durabilité qui biaise davantage l'attribution des marchés publics vers des entreprises cantonales sans observer une prise en compte de la durabilité supérieure. En effet, que ce soit pour les marchés attribués selon une procédure de gré à gré ou selon une procédure ouverte, nos résultats démontrent une augmentation de l'attribution à des entreprises cantonales.

AIMP 2019 - AG - critères			AIMP 2001 - AG - critères			Changements	
	Occurrence	Pondération		Occurrence	Pondération		
Appels d'offres incluant des critères de durabilité (%)	76,67%	-	Appels d'offres incluant des critères de durabilité (%)	46,67%	-	Augmentation	
Critères durabilité environnementale :			Critères durabilité environnementale :				
Environnement/Umwelt	3,33%	10%	Environnement/Umwelt	6,67%	10%	Augmentation de l'utilisation de ce critère mais la pondération moyenne de ce critère est supérieure dans l'AIMP 2001	
Durabilité/Nachhaltigkeit	6,67%	10%	Aucun critère similaire ou ayant la même pondération				
Aucun critère similaire ou ayant la même pondération			Environnement/Umwelt	3,33%	20%		
			Environnement/Umwelt	10,00%	15%		
			Environnement/Umwelt	3,33%	5%		
Gestion de la qualité	23,33%	4%	Aucun critère similaire ou ayant la même pondération				
Gestion de l'environnement	23,33%	3%	Aucun critère similaire ou ayant la même pondération				
Occurrence totale dans les appels d'offres et pondération moyenne	33,33%	5,10%	Total et pondération moyenne	23,33%	12,85%		
Crirère durabilité sociale :			Crirère durabilité sociale:				
Promotion et formation des collaborateurs	3,33%	2,50%	Aucun critère similaire ou ayant la même pondération			3 nouveaux critères : "personne âgées", "formation des apprenti" "santé et sécurité" Augmentation de l'utilisation du critère mais pondération moyenne était supérieure dans l'AIMP 2001	
Formation des apprentis/Ausbildung Lernende	6,67%	5%	Apprenti / Lehrling	33,33%	5%		
		Formation/Ausbildung					
		Apprentissage/Lehrlingsausbildung					
Durabilité/Nachhaltigkeit : apprenants et personnes âgées	33,33%	5%	Aucun critère similaire ou ayant la même pondération				
Santé et sécurité	23,33%	3%	Aucun critère similaire ou ayant la même pondération				
Total et pondération moyenne	66,66%	4,81%	Total et pondération moyenne	33,33%	5%		
Nombre moyen de critères utilisés	3,4 critères		Nombre moyen de critères utilisés	3,07 critères		Augmentation	
Pondération du prix (%)	62%		Pondération du prix	57%		Augmentation	
Variables :							
Nombre moyen de contrats remportés	0,97		Nombre moyen de contrats remportés	0,8		Augmentation	
Part d'entreprises nouvelles sur le marché (%)	47,37%		Part d'entreprises nouvelles sur le marché (%)	50%		Diminution	
Part de marchés adjugés à des entreprises cantonales (%)	52,63%		Part de marchés adjugés à des entreprises cantonales (%)	46,67%		Augmentation	
Nouvelles entreprises cantonales sur le marché (%)	50%		Nouvelles entreprises cantonales sur le marché (%)	33,33%		Augmentation	
Score moyen ESG	1,66		Score moyen ESG	1,8		Augmentation	
Procédure de gré à gré							
Variables :							
Nombre moyen de contrats remportés	0,2		Nombre moyen de contrats remportés	0,75		Diminution	
Part d'entreprises nouvelles sur le marché (%)	80%		Part d'entreprises nouvelles sur le marché (%)	62,50%		Augmentation	
Part de marchés adjugés à des entreprises cantonales (%)	33,33%		Part de marchés adjugés à des entreprises cantonales (%)	12,50%		Augmentation	
Nouvelles entreprises cantonales sur le marché (%)	41,67%		Nouvelles entreprises cantonales sur le marché (%)	20%		Augmentation	
Score moyen ESG	2		Score moyen ESG	1,375		Diminution	

Tableau 4 Tableau récapitulatif des résultats de notre analyse empirique concernant les marchés adjugés selon une procédure de gré à gré et une procédure ouverte dans le canton d'Argovie.

4 Policy recommendations

Notre analyse empirique nous démontre que, dans la pratique, l'inclusion du critère « durabilité » est relativement limitée. Lorsque des critères de durabilité sont utilisés, leurs pondérations restent faibles. De plus, le prix conserve une place prédominante dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019. Finalement, nos résultats démontrent que la discrétion et la durabilité permettraient de favoriser les entreprises locales. Nous allons aborder trois changements qui pourraient favoriser la prise en compte de la durabilité dans la passation des marchés publics et renforcer le rôle des marchés publics comme instrument politique stratégique : l'harmonisation de critères à l'échelle nationale, l'accroissement du niveau de sensibilisation et du savoir-faire au sein des administrations publiques et l'obligation des dispositions liées à la durabilité.

4.1 Harmonisation de critères à l'échelle nationale

Un des objectifs principaux de la révision était l'harmonisation des textes législatifs cantonaux et fédéraux. Pour ne pas se retrouver face aux mêmes difficultés liées à l'hétérogénéité des cadres juridiques, il serait judicieux d'appliquer, à l'échelle nationale, des critères harmonisés assortis de pondérations similaires ainsi que des méthodes d'évaluation harmonisées pour apprécier ces critères. Cette harmonisation constituerait alors plus qu'un simple outil d'aide à la décision, outil que les pouvoirs adjudicateurs disposent déjà à l'échelle cantonale ou fédérale. La mise en place de ces critères « prêt à l'emploi » permettrait alors de réduire les coûts de transactions élevés liés à la mise en place des marchés publics durables et d'augmenter la concurrence au sein des entreprises suisses. Si tous les pouvoirs publics appliquaient les mêmes critères et les mêmes pondérations, le coût lié à la mise en conformité des entreprises avec les nouveaux critères se verraient réduits et cette mesure augmenterait ainsi la concurrence. En effet, il est relevé dans la littérature que la complexité liée à la mise en place de marchés publics écologiques limiterait la volonté des entreprises à soumissionner pour les appels d'offres. (Halonen & Tukiainen, 2020 cités dans Halonen, 2021). De plus, une diminution de la concurrence entraîne une augmentation des prix contractuels des marchés publics ; l'augmentation de la concurrence d'une seule entreprise est estimée à une diminution de 5% à 10% des coûts liés à la passation des marchés (Jääskeläinen & Tukiainen, 2019). En outre, Halonen (2021) souligne que tout objectif des marchés publics dépend de la capacité du secteur public à attirer la concurrence. Si les entreprises ne sont pas incitées à soumissionner, les objectifs écologiques ne pourront alors pas être atteints.

Une harmonisation dans l'application des critères ainsi que dans les approches adoptées par les adjudicateurs peut alors permettre aux marchés publics durables de déployer un effet d'incitation important sur les marchés privés et pourrait donc être un moyen plus direct et efficace pour atteindre des objectifs de durabilité. En effet, les preuves empiriques nous démontrent qu'un acheteur suffisamment important peut provoquer un changement dans le secteur privé (Simcoe & Toffel, 2014) et qu'une approche unifiée de la part des pouvoirs publics peut engendrer des effets positifs (Lindström et al., 2020).

Cette mesure permettrait également de pallier, dans une certaine mesure, la prédominance des entreprises locales dans l'adjudication des marchés.

À titre d'exemple, nous pourrions citer l'élaboration par la Commission Européenne de critères communs de l'UE pour certaines catégories de produits et de services et également la tentative de mise en place d'un modèle général de calcul du coût du cycle de vie.

4.2 Accroissement du niveau de sensibilisation et du savoir-faire au sein des administrations publiques

La complexité de la mise en place de marchés publics durables liée notamment à l'utilisation d'exigences techniques multiples, de nouveaux critères d'adjudication et d'évaluation accroît la complexité de la passation des marchés publics à tous les stades. Une des barrières principales à l'adoption des marchés publics durables citée dans les études est le manque d'outils opérationnels, le manque de formation ainsi que le manque de compétences en matière d'environnement et d'établissement de critères environnementaux (Bouwer et al., 2006; Brammer & Walker, 2011; Testa et al., 2012). Bouwer et al (2006) soulignent que lorsque des critères environnementaux sont utilisés, dans de nombreux cas, ces critères ne sont pas clairs. Cette constatation indique, selon eux, un manque de connaissances sur les questions techniques et un manque de formation des pouvoirs adjudicateurs sur cette thématique.

En Suisse, à l'échelle nationale comme à l'échelle régionale, nous trouvons de nombreux outils d'aide à la décision tels que les principes directeurs de la Conférence des achats de la Confédération, la plateforme de connaissances sur les achats publics responsables (PAP), la matrice de pertinence ou encore le guide romand pour les achats publics. De plus, toute une série de formations continues est proposée aux personnes intéressées concernant le niveau fédéral par le Centre de compétence des marchés publics (CCMP). De plus, des conférences sont organisées annuellement afin de favoriser l'échange d'expériences des services d'achat et

visent à encourager un développement harmonisé en Suisse. (OFEV,2022). Le développement durable occupe une place au sein de ces formations. Il est donc primordial de continuer à développer ces outils d'aide à la décision et de les répandre au sein des administrations publiques. Afin d'accroître la sensibilisation et l'accroissement de connaissances sur la thématique de la durabilité, les formations mises en place pourraient être rendues obligatoires ou appliquées à l'échelle cantonale.

4.3 Passer de la recommandation à l'obligation de dispositions légales liées à la durabilité

Dans notre analyse, nous constatons que le prix reste le critère principal avec une pondération moyenne de 72% dans les appels d'offre soumis à l'AIMP 2019. Nous pourrions dès lors envisager une modification législative visant à ce qu'aucun des critères d'adjudications ne représente plus de 50% de la pondération totale des critères d'adjudication. Cette obligation a déjà été adoptée dans la législation tessinoise en matière de passation des marchés publics (art 32 al 1 LCPubb ; RS/TI 730.100). Nous pourrions notamment penser à supprimer l'obligation, pour les critères d'adjudication, de démontrer un lien avec l'objet du marché à adjuger.

Une obligation plus importante en matière des dispositions concernant la durabilité pourrait également être envisageable. Des considérations analogues se retrouvent au sein de l'UE. En effet, le récent « Green Deal » de l'UE inclut des propositions qui visent à passer d'une réglementation volontaire à une réglementations obligatoire en ce qui concerne les marchés publics écologiques (Pouikli, 2021). Ces propositions de modifications sont soutenues par plusieurs juristes (Andhov et al., 2020; Mélon, 2020; Pouikli, 2021). L'introduction d'une réglementation obligatoire permettrait de contrer les résultats empiriques qui démontrent qu'une augmentation des connaissances ne conduit pas forcément à l'augmentation des appels d'offres « durables » (Zhu et al., 2013).

Cependant, si ces critères devenaient obligatoires, un suivi de la demande sur les marchés seraient judicieux en raison des potentiels risques liés à la politique de substitution économique. En effet, le comportement de substitution potentiel des consommateurs privés pourrait compromettre l'efficacité des marchés publics durables. Par exemple, les entreprises qui produisent des produits conventionnels pourraient chercher des consommateurs ailleurs en réduisant leur prix. Marron (1997) et Lundberg et al. (2016) démontrent que si l'écart de prix entre les produits verts et les produits conventionnels augmente, il existe un risque que les

consommateurs privés qui consommaient des produits verts se tournent vers les produits conventionnels et l'impact positif des marchés publics durables se verrait alors compromis. Une analyse et une surveillance accrue des marchés de consommations privés *ex ante* et *ex post* afin de garantir le potentiel des marchés publics durables comme outil politique seraient alors une solution envisageable. En cas de substitution de la demande, des mesures axées sur l'offre et non plus sur la demande pourraient être effectives. Par exemple, une législation sectorielle obligatoire visant à appliquer des normes durables plus élevées s'appliquant à tous les fournisseurs pourrait alors être nécessaire pour ces secteurs (Halonen, 2021).

Conclusion

Au terme de notre travail, nous avons observé que la révision législative du cadre légal régissant les marchés publics en Suisse, au niveau cantonal comme au niveau fédéral, est marqué par un changement de paradigme. Ce changement de paradigme inclut, notamment, la possibilité de prendre en compte des considérations durables à tous les stades de la passation des marchés publics laissant ainsi un degré de discrétion plus important aux autorités adjudicatrices. La réalisation de ce travail a principalement été motivée par les importantes différences de temporalité en termes d'adhésion au nouvel accord intercantonal que nous pouvons observer au sein des cantons. Certains cantons tels que le canton d'Argovie, d'Appenzell Rhodes Intérieures ou de Thurgovie ont intégré l'AIMP 2019 rapidement alors que huit cantons (Genève, Tessin, Obwald, Nidwald, Glaris, Zoug et Appenzell-Rhodes-Extérieures et Jura) n'ont, à présent, toujours pas lancé un processus d'adhésion à l'AIMP 2019. Les théories et les études empiriques sur la durabilité et sur la discrétion dans la passation des marchés publics nous ont permis de relever les potentiels pièges liés à l'intégration d'objectifs durables et un degré supérieur de discrétion dans les marchés publics. En effet, la promotion de la durabilité dans les marchés publics peut servir d'écran de fumé à un traitement préférentiel des entreprises locales. De plus, un degré important de discrétion dans la passation des marchés publics peut engendrer du favoritisme politique de la part des pouvoirs adjudicateurs. Dès lors, au travers de ce travail, nous avons tenté de mettre en lumière les enjeux derrière l'adoption de l'AIMP 2019. Retrouvons-nous face à une réelle volonté de la part de ces trois cantons d'introduire des considérations environnementales et sociales au travers de l'attribution des marchés publics ou l'introduction de l'AIMP a-t-elle été instrumentalisée pour favoriser des entreprises locales ?

Nos résultats semblent tendre davantage vers une attribution des marchés publics argoviens à des entreprises cantonales qu'à une meilleure prise en compte de la durabilité dans la passation des marchés publics. Bien que les critères de durabilité soient inclus dans un plus grand nombre d'appels d'offres soumis à l'AIMP 2019 (76,67% contre 46,67% pour les appels d'offres soumis à l'AIMP 2001) et que de nouveaux critères sociaux aient été inclus dans les appels d'offres, la pondération choisie pour ces critères reste faible. Nous avons observé une sélection d'entreprises légèrement plus durables. Cependant, l'analyse des critères d'appels d'offres et des marchés attribués selon une procédure de gré à gré ne nous permettent pas d'affirmer que le profil des entreprises remportant les marchés ait réellement changé. De plus, le prix reste le critère le plus important et la pondération moyenne choisie pour ce critère est supérieure dans les appels d'offres soumis à l'AIMP 2019. Au contraire, la part de marchés attribués à des

entreprises cantonales a nettement augmenté à la suite de l'adhésion à l'AIMP 2019 (passant de 12,50% à 33,33%). Cette augmentation des entreprises cantonales dans l'adjudication des marchés se retrouve également dans la part des nouvelles entreprises sur les marchés publics argoviens. De plus, les cantons n'ont pas utilisé la compétence résiduelle permise par les dispositions de l'AIMP 2019. Cette compétence résiduelle aurait pu leur permettre de légiférer dans le sens d'une plus grande prise en compte de la durabilité, notamment en ce qui concerne l'article 12 (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). En outre, des discussions quant à l'intégration des deux critères d'adjudication « fiabilité du prix » et « niveaux de prix différents dans les pays où le service est fourni » ont eu lieu au sein du parlement argovien et ces critères ont finalement été intégrés dans le décret cantonal sur les marchés publics. La prise en compte de ces critères était motivée par un traitement plus équitable des entreprises qui produisent en Suisse et *in fine* des entreprises locales. Cela semble donc également relativiser une meilleure prise en compte de la durabilité au sein de la commande publique.

Toutefois, des limites à ce travail peuvent être relevées. Premièrement, nous pouvons souligner le manque de données pour apprécier le caractère objectif ou subjectif des critères et des sous-critères en matière de « qualité » et de « durabilité ». Davantage de données, notamment concernant les critères d'évaluation utilisés pour ces critères, nous auraient permis de mettre en évidence le degré de discrétion de manière plus précise. De plus, nous avons cherché à comprendre les motivations derrière l'adoption de l'AIMP 2019 en comparant les marchés adjudgés selon le nouvel accord et les marchés attribués selon l'ancien accord (AIMP 2001). Il aurait été intéressant d'intégrer une seconde méthode de recherche telle qu'une série d'entretiens avec des responsables des marchés publics cantonaux. Ces entretiens nous auraient alors permis de compléter nos résultats ainsi que de les confirmer ou les infirmer. En outre, les appels d'offres étudiés se situent sur une période relativement courte s'étendant du 1^{er} juillet 2021 à avril 2022 et concernent un seul canton. Il serait intéressant de reproduire cette analyse en ayant un plus grand nombre d'appels d'offres et d'obtenir des données pour les autres cantons ayant adhéré à l'AIMP 2019. Une analyse comparative entre les différents cantons ainsi qu'un plus grand nombre de données nous permettrait de mieux appréhender les mécanismes derrière l'adoption de l'AIMP 2019.

Bibliographie

- Andhov, M. (2019). Contracting authorities and strategic goals of public procurement – a relationship defined by discretion? *Sanja Bogojevic, Xavier Groussot, Jörgen Hettne (eds.): Discretion in EU Procurement Law.*
https://www.academia.edu/45448059/Contracting_authorities_and_strategic_goals_of_public_procurement_a_relationship_defined_by_discretion
- Andhov, M., Caranta, R., Stoffel, T., Grandia, J., Janssen, W. A., Vornicu, R., Czarnezki, J., J., Gromnica, A., Tallbo, K., Martin-Ortega, O., Mélon, L., Edman, Å., Göthberg, P., Nohrstedt, P., & Wiesbrock, A. (2020). *Sustainability Through Public Procurement : The Way Forward – Reform Proposals* (SSRN Scholarly Paper N° 3559393). Social Science Research Network. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3559393>
- Andreoni, J. (1990). Impure Altruism and Donations to Public Goods : A Theory of Warm-Glow Giving. *The Economic Journal*, 100(401), 464-477.
<https://doi.org/10.2307/2234133>
- Arrowsmith, S., & Kunzlik, P. (2009). Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies : A critical review. In P. Kunzlik & S. Arrowsmith (Éds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law : New Directives and New Directions* (p. 147-248). Cambridge University Press.
<https://doi.org/10.1017/CBO9780511576041.007>
- Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP)*, (2020) (testimony of Autorité intercantonale pour les marchés publics AIMP).
https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/fr/konkordate/ivoeb/ivoeb_2019/FR_Musterbotschaft_IVoeB_inkl._Vereinbarungstext_und_Anhaenge_1-4.pdf

- Bajari, P., & Tadelis, S. (2001). Incentives versus Transaction Costs : A Theory of Procurement Contracts. *The RAND Journal of Economics*, 32(3), 387-407.
<https://doi.org/10.2307/2696361>
- Baltrunaite, A., Giorgiantonio, C., Mocetti, S., & Orlando, T. (2018). *Discretion and Supplier Selection in Public Procurement* (SSRN Scholarly Paper N° 3210748). Social Science Research Network. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3210748>
- Bergman, M. A., & Lundberg, S. (2014). Tendering design when price and quality is uncertain - Theory and Evidence from public procurement. In *Umeå Economic Studies* (N° 895; Umeå Economic Studies). Umeå University, Department of Economics.
<https://ideas.repec.org/p/hhs/umnees/0895.html>
- Bosio, E., Djankov, S., Glaeser, E. L., & Shleifer, A. (2020). *Public Procurement in Law and Practice* (Working Paper N° 27188; Working Paper Series). National Bureau of Economic Research. <https://doi.org/10.3386/w27188>
- Boulogne, G. (2013). *La notion de qualité dans les marchés publics*. Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis.
- Bouwer, M., Jonk, M., Berman, T., Bersani, R., Lusser, H., Nappa, V., Nissinen, A., Parikka, K., Szuppinger, P., & Viganò, C. (2006). *Green Public Procurement in Europe—Conclusions and recommendations*. Virage Milieu & Management bv, Korte Spaarne 31, 2011 AJ Haarlem, the Netherlands.
https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/take_5.pdf
- Brammer, S., & Walker, H. (2011). Sustainable procurement in the public sector : An international comparative study. *International Journal of Operations & Production Management*, 31(4), 452-476. <https://doi.org/10.1108/01443571111119551>

Burguet, R., & Che, Y.-K. (2004). Competitive Procurement with Corruption. *The RAND Journal of Economics*, 35(1), 50-68. <https://doi.org/10.2307/1593729>

Canton Appenzell Rhodes-Intérieures. (2022). *Landsgemeinde-Mandat 2022*.
<https://www.ai.ch/politik/landsgemeinde/archiv-landsgemeinden/24-april-2022>

Canton Argovie. (2020). *Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB); Totalrevision; Beitritt Kanton Aargau; Dekret über das öffentliche Beschaffungswesen (DöB)*.
<https://www.ag.ch/grossrat/grweb/de/195/Detail%20Gesch%C3%A4ft?ProzId=4758872>

Canton Thurgovie. (2022, février 24). *Regierungsrat revidiert die Verordnung zum öffentlichen Beschaffungswesen*. <https://www.tg.ch/news.html/485/news/56580>

Commune Suisse. (2022, avril 19). *Les adhésions à l'AIMP 2019 progressent rapidement*.
<https://www.commune-suisse.ch/article/les-adhesions-a-laimp-2019-progressent-rapidement>

Coviello, D., & Gagliarducci, S. (2017). Tenure in Office and Public Procurement. *American Economic Journal: Economic Policy*, 9(3), 59-105.
<https://doi.org/10.1257/pol.20150426>

Decarolis, F., Fisman, R., Pinotti, P., & Vannutelli, S. (2020). *Rules, Discretion, and Corruption in Procurement : Evidence from Italian Government Contracting* (Working Paper N° 28209; Working Paper Series). National Bureau of Economic Research. <https://doi.org/10.3386/w28209>

DTAP. (2022). *AIMP 2019*. <https://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019>

- Dun & Bradstreet. (2022). *D&B Predictors, Ratings, and Scores Assessment Tools*.
<https://www.dnb.com/about-us/our-analytics/predictors-scores-ratings.html?id=5>
- Eriksson, E. (2014). *Green public procurement as a policy instrument : Study from a law and economics perspective on the efficiency of using green public procurement to achieve sustainable development in the EU*. Lund University.
- Guide des achats professionnels responsables*. (s. d.). Consulté 22 juin 2022, à l'adresse
https://www.achats-responsables.ch/leguide/parse/cadre_legal/7/2
- Halonen, K.-M. (2021). Is public procurement fit for reaching sustainability goals? A law and economics approach to green public procurement. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 28(4), 535-555. <https://doi.org/10.1177/1023263X211016756>
- Jääskeläinen, J., & Tukiainen, J. (2019). Anatomy of Public Procurement. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3372135>
- Lambert-Mogiliansky, A., & Kosenok, G. (2009). Fine-Tailored for the Cartel-Favoritism in Procurement. *Review of Industrial Organization*, 35(1), 95.
<https://doi.org/10.1007/s11151-009-9220-5>
- Lambert-Mogiliansky, A., & Sonin, K. (2005). *Collusive market-sharing and corruption in procurement*. <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00590773>
- Li, L., & Geiser, K. (2005). Environmentally responsible public procurement (ERPP) and its implications for integrated product policy (IPP). *Journal of Cleaner Production*, 7(13), 705-715. <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2004.01.007>

- Lindström, H., Lundberg, S., & Marklund, P.-O. (2020). How Green Public Procurement can drive conversion of farmland : An empirical analysis of an organic food policy. *Ecological Economics*, 172, 106622. <https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2020.106622>
- Lundberg, S., & Marklund, P.-O. (2011). The Pivotal nature of award methods in green public procurement. *Environmental economics*, 2, Iss. 3, 64-73.
- Lundberg, S., Marklund, P.-O., & Strömbäck, E. (2016). Is Environmental Policy by Public Procurement Effective? *Public Finance Review*, 44(4), 478-499. <https://doi.org/10.1177/1091142115588977>
- Marchés publics PME. (2019, février 14). *La corruption dans les marchés publics : Un fléau à combattre*. Marchés publics PME. http://www.marchespublicspme.com/apres-la-reponse/les-motifs-de-rejet-de-son-offre/actualites/2019/02/14/la-corruption-dans-les-marches-publics-un-fleau-a-combattre_14349.html
- Marron, D. B. (1997). Buying Green : Government Procurement as an Instrument of Environmental Policy. *Public Finance Review*, 25(3), 285-305.
- Mélon, L. (2020). More Than a Nudge? Arguments and Tools for Mandating Green Public Procurement in the EU. *Sustainability*, 12(3), 988. <https://doi.org/10.3390/su12030988>
- OCDE. (2016). *Prévention de la corruption dans les marchés publics*. <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/publications/prevention-corruption-marches-publics.pdf>
- OCDE. (2022). *Commande publique—OCDE*. <https://www.oecd.org/fr/gov/commande-publique/>

- Oesch, M. (2010). Évolution du droit des marchés publics en Suisse. *La Vie économique*, 3-2010, 5-9.
- Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695 (2017). <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/417/fr>
- Ohashi, H. (2009). Effects of Transparency in Procurement Practices on Government Expenditure : A Case Study of Municipal Public Works. *Review of Industrial Organization*, 34(3), 267-285.
- OMC. (2022). OMC | Marchés publics—L'Accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP). https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm
- Pouikli, K. (2021). Towards mandatory Green Public Procurement (GPP) requirements under the EU Green Deal : Reconsidering the role of public procurement as an environmental policy tool. *ERA Forum*, 21(4), 699-721.
<https://doi.org/10.1007/s12027-020-00635-5>
- Romera, B. M., & Caranta, R. (2017). EU Public Procurement Law : Purchasing Beyond Price in the Age of Climate Change. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 12(3), 281-292.
- Rossa, F. D., & David, C. (2020). La durabilité dans le nouveau droit des marchés publics : Un changement de paradigme effectif? *sui generis*. <https://doi.org/10.21257/sg.155>
- Simap. (2022). SIMAP - CPV. <https://simap.ted.europa.eu/cpv>
- Simcoe, T., & Toffel, M. (2014). Government green procurement spillovers : Evidence from municipal building policies in California. *Journal of Environmental Economics and Management*, 68(3), 411-434.

- Spagnolo, G. (2012). Reputation, competition, and entry in procurement. *International Journal of Industrial Organization*, 30(3), 291-296.
- Spagnolo, G., Coviello, D., & Guglielmo, A. (2015). *The Effect of Discretion on Procurement Performance* (SSRN Scholarly Paper N° 2691555). Social Science Research Network. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2691555>
- Steiner, M. (2016). PART IV : Green public procurement—Colloquium. In *Public Procurement Policy* (Gustavo Piga et Tünde Tatrai, p. 229).
- Steiner, M. (2019). Changement de paradigme dans les marchés publics : Qu'est-ce que l'avenir nous réserve ? *Infra Suisse*, 26-33.
- Steiner, M. (2022, mai 13). *La nouvelle législation sur les marchés publics – un changement de paradigme ? 7e journée de la gouvernance des entreprises publiques*, Lausanne.
- Szucs, F. (2017). *Discretion and Corruption in Public Procurement*. 41. <https://events.ceu.edu/sites/default/files/szucsjmp.pdf>
- Testa, F., Iraldo, F., Frey, M., & Daddi, T. (2012). What factors influence the uptake of GPP (green public procurement) practices? New evidence from an Italian survey. *Ecological Economics*, 82, 88-96. <https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2012.07.011>
- Torvatn, T., & de Boer, L. (2017). Public procurement reform in the EU : Start of a new era? *IMP Journal*, 11(3), 431-451. <https://doi.org/10.1108/IMP-09-2015-0056>
- Trybus, M. (2016). PART I : Supporting social considerations via public procurement- Colloquium. In *Public Procurement Policy* (Edited by Gustavo Piga et Tünde Tatrai, p. 229).

Zhu, Q., Geng, Y., & Sarkis, J. (2013). Motivating green public procurement in China : An individual level perspective. *Journal of Environmental Management*, 126, 85-95.
<https://doi.org/10.1016/j.jenvman.2013.04.009>

Ziegler, A. R., & Silva, S. D. (s. d.). *L'importance de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics pour le droit des marchés publics en Suisse*. 13.