



Rapport

Date de la séance du CE: 17 février 2021
Direction: Direction des finances
N° d'affaire: 2019.KAIO.520
Classification: Nicht klassifiziert

**Loi concernant l'adhésion à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LAIMP).
Complément au rapport du 18 novembre 2020 concernant la proposition du 28 janvier 2021 de la
majorité de la Commission des finances au sujet des articles 2a, 2b et 3a (réserve en faveur de la
double instance de recours)**

Table des matières

| | | |
|-----------|--|----------|
| 1. | Synthèse | 1 |
| 2. | Contexte | 2 |
| 2.1 | Droit en vigueur prévoyant deux instances de recours | 2 |
| 2.2 | Nouvelle réglementation prévoyant une seule instance de recours conformément à l'article 52, alinéa 1 AIMP 2019 | 3 |
| 2.2.1 | Arguments en faveur de la procédure de recours à une seule instance | 3 |
| 2.2.2 | Arguments contre la procédure de recours à une seule instance | 4 |
| 3. | Evaluation du Conseil-exécutif | 4 |
| 3.1 | Evaluation juridique | 5 |
| 3.2 | Evaluation politique | 5 |
| 3.3 | Mise en œuvre de la procédure de recours à une seule instance dans le canton de Berne | 6 |
| 4. | Commentaires des articles | 7 |
| 4.1 | Article 2a : Réserves | 7 |
| 4.2 | Article 2b : Application subsidiaire de l'AIMP en tant que droit cantonal | 8 |
| 4.3 | Article 3a : Compétence en matière de recours | 8 |
| 5. | Proposition | 9 |

1. Synthèse

Le présent complément au rapport du Conseil-exécutif sur la loi concernant l'adhésion à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LAIMP) explique la proposition de la Commission des finances du Grand Conseil d'ajouter les articles 2a, 2b et 3a à la LAIMP.

Ces dispositions supplémentaires visent à faire en sorte que les recours dans le domaine des marchés publics soient examinés comme auparavant en première instance par une autorité administrative, et seulement en deuxième instance par le Tribunal administratif. La révision totale de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP 2019), auquel le canton de Berne souhaite adhérer par la LAIMP, prévoit en revanche (comme déjà dans tous les autres cantons à l'exception de Fribourg) que le Tribunal administratif cantonal soit la seule instance compétente pour les recours concernant des marchés publics.

La Commission des finances suit en ce sens les objections soulevées lors de la procédure de consultation par le Tribunal administratif et les communes, qui ont rejeté la réduction de la procédure de recours à une seule instance parce qu'ils craignent notamment une augmentation des charges ou des retards dans les procédures de recours. Le Tribunal administratif évalue que les coûts supplémentaires s'élèveraient, en ce qui le concerne, à environ un demi-million de francs par an. Comme les procédures se répartissent en première instance entre toutes les Directions et les préfectures, ils ne peuvent être compensés que dans une mesure très limitée.

Le Conseil-exécutif invite le Grand Conseil à rejeter la proposition de la Commission des finances. Un avis de droit montre en effet que la réserve n'est pas admissible au plan juridique et qu'elle compromet de ce fait très certainement l'adhésion du canton de Berne à l'AIMP 2019. Dans ce cas, la proposition de la Commission des finances prévoit certes que l'AIMP 2019 s'applique en tant que droit cantonal, mais cela aussi soulèverait beaucoup de problèmes. La réserve proposée - et le cas échéant la non-adhésion à l'AIMP - constituerait un acte inamical à l'égard des autres cantons qui exclurait toute influence du canton de Berne sur le développement futur du droit intercantonal des marchés publics. Cela pourrait conduire d'autres cantons à émettre eux aussi des réserves, éventuellement bien plus importantes, et entraîner l'échec de l'uniformisation juridique visée au plan national par l'AIMP 2019, avec des répercussions négatives principalement sur l'économie.

Sur le fond, le Conseil-exécutif considère que les inconvénients éventuels d'une seule instance de recours sont largement compensés par les avantages de la nouvelle solution ; cela inclut notamment des procédures plus courtes, la qualité accrue et l'unité de la jurisprudence grâce à la concentration des recours devant le Tribunal administratif ainsi qu'un renforcement de l'Etat de droit - dans la mesure où c'est un tribunal et non l'administration qui rend la décision préalable déterminante sur l'effet suspensif du recours. Les inconvénients d'une réserve déjà mentionnés ont encore conforté le Conseil-exécutif dans son opinion.

2. Contexte

2.1 Droit en vigueur prévoyant deux instances de recours

Conformément au droit des marchés publics actuellement en vigueur dans le canton de Berne (art. 12 s de la loi du 11 juin 2002 sur les marchés publics ; LCMP, RSB 731.2), les décisions des autorités adjudicatrices communales peuvent faire l'objet d'un recours auprès du préfet ou de la préfète. Les décisions des autorités adjudicatrices cantonales sont quant à elle susceptibles de recours auprès de la Direction compétente à raison de la matière. En deuxième instance, les décisions sur recours peuvent être contestées auprès du Tribunal administratif du canton de Berne. En troisième et dernière instance, un recours est possible (avec certaines restrictions¹) devant le Tribunal fédéral. Cela correspond aux instances de recours qui s'appliquent aussi dans d'autres domaines du droit administratif cantonal.

Actuellement, les Directions reçoivent chaque année en première instance environ 17 recours sur des affaires de marchés publics, et les préfectures environ 25 (dont une dizaine dans l'arrondissement administratif de Berne-Mittelland). Le taux de succès des recours auprès des Directions est d'environ 18 pour cent ; auprès des préfectures, il oscille entre 25 et 75 pour cent selon les offices (sans tenir compte des nombreux recours rayés du rôle faute d'avoir obtenu l'effet suspensif). En deuxième instance, le Tribunal administratif publie chaque année en moyenne quatre décisions finales en matière de droit des marchés publics et les recours sont acceptés dans environ 33 pour cent des cas.²

¹ Les recours en matière de droit public sont uniquement possibles pour des questions juridiques de principe (art. 83, lit. f de la loi sur le Tribunal fédéral, LTF, RS 173.110). Le recours constitutionnel subsidiaire ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF).

² Ces informations ont été recueillies pour répondre aux questions de la Commission des finances et de l'interpellation 221-2020 « Questions en suspens relatives à la pratique cantonale en matière d'attribution de mandats ». Elles actualisent les données du rapport du 18 novembre 2020: au moment de la rédaction de celui-ci, on avait connaissance de seulement 17 recours environ par an au plan cantonal.

2.2 Nouvelle réglementation prévoyant une seule instance de recours conformément à l'article 52, alinéa 1 AIMP 2019

L'article 52, alinéa 1 AIMP 2019 prévoit qu'à l'avenir, le Tribunal administratif cantonal sera la seule instance de recours. Cette réglementation correspond à la situation actuelle dans tous les cantons, excepté Berne et en partie Fribourg (où les recours contre des décisions communales sont tranchés en première instance par les préfectures).³ Elle implique que les litiges concernant des marchés publics seront désormais jugés par deux instances au maximum, à savoir le Tribunal administratif et le cas échéant le Tribunal fédéral.

2.2.1 Arguments en faveur de la procédure de recours à une seule instance

Dans sa décision d'uniformiser cet aspect de la procédure, le législateur intercantonal a été guidé par les réflexions suivantes⁴ :

- Dans les recours portant sur des marchés publics, la décision la plus importante dans la pratique est une décision intermédiaire, à savoir celle qui concerne l'octroi de l'effet suspensif. De l'avis du législateur de l'AIMP, cette décision doit, du fait de son importance, relever d'un tribunal indépendant et ce pour les raisons suivantes : en vertu de l'article 54 AIMP 2019, le recours n'a normalement pas d'effet suspensif (comme c'est déjà le cas avec le AIMP actuel et contrairement à la procédure bernoise de recours administratif). Celui-ci ne peut être accordé que si le recours paraît suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public prépondérant ne s'y oppose. S'il n'est pas accordé, le contrat peut être conclu et le recourant peut faire valoir au maximum les dépenses engagées pour la préparation de l'offre, même s'il obtient gain de cause par la suite (art. 58, al. 2 AIMP 2019). Pour cette raison, les recours sont très souvent retirés lorsque l'effet suspensif n'est pas accordé.
- Pour l'harmonisation du droit, il est important que la procédure de recours se déroule elle aussi de la même manière dans toute la Suisse, de sorte que les entreprises puissent tableer partout sur les mêmes règles et qu'il soit possible de mettre en place au plan national une formation unifiée du personnel spécialisé dans les achats (ce qui faciliterait le recrutement). Toute particularité cantonale dans la procédure se traduit par des charges supplémentaires et des risques pour les entreprises soumissionnaires. La législation sur les marchés publics étant déjà assez compliquée pour celles-ci, mieux vaut éviter dans la mesure du possible de rajouter des complications.
- L'abandon de l'une des deux instances cantonales tend à accélérer la procédure de recours en matière de marchés publics. C'est particulièrement important pour les projets de grande envergure, dans le domaine notamment de la construction, car tout gros retard lié à une procédure de recours peut sérieusement nuire aux intérêts publics qui sont en jeu.
- Lorsqu'une seule instance cantonale traite toutes les procédures de recours dans le domaine des marchés publics, il en résulte une unification dans l'application du droit. Cette unification donne lieu à une spécialisation qui entraîne à son tour une qualité accrue de la jurisprudence. Le droit des marchés publics est une matière complexe et très spécialisée qui peut constituer une véritable gageure pour des juristes qui ne l'abordent que rarement.

³ Source : enquête de la Conférence des marchés publics (CMP) de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) réalisée auprès des administrations cantonales en automne 2020.

⁴ Source (en grande partie): information du comité du CMP

2.2.2 Arguments contre la procédure de recours à une seule instance

Lors de la procédure de consultation sur la LAIMP, ce sont en particulier le Tribunal administratif et les communes qui se sont opposés à l'instauration d'une procédure comprenant une seule instance de recours et qui ont demandé de formuler une réserve à ce sujet. Ils ont notamment avancé les arguments suivants⁵ :

- Le Tribunal administratif invoque la disparition de l'effet de filtre de la première instance de recours et l'efficacité de la réglementation décentralisée actuellement en vigueur. La nouvelle réglementation serait selon lui coûteuse, car elle nécessiterait de mettre en place au Tribunal administratif des postes chargés du traitement centralisé de tous les recours en matière de marchés publics (d'après ses estimations transmises à la Commission de justice, avec un surcoût d'un demi-million de francs par an). De plus, les Directions et les préfectures perdraient leur influence sur l'activité des offices et des communes en matière d'attribution de marchés ; elles ne pourraient donc plus exercer leurs fonctions de contrôle et de surveillance de manière suffisante, ce que le Tribunal administratif ne serait pas à même de compenser faute d'assumer des tâches dans ce domaine. Un système comprenant une seule instance de recours ne permettrait d'accélérer la procédure que dans des cas isolés, puisque la plupart des recours sont déjà réglés en première instance. Le Tribunal administratif ajoute que, ne disposant pas des connaissances spécialisées des actuelles instances de premier niveau, il devrait renvoyer les affaires aux autorités adjudicatrices, ce qui allongerait les procédures. Il considère par conséquent qu'il faut émettre une réserve en faveur du système à deux instances.
- Les associations communales font observer que les décisions en première instance sont rapides à l'heure actuelle. Mais comme le Tribunal administratif prend les choses très au sérieux, il devrait changer sa pratique d'instruction s'il devenait la seule instance de recours. Les associations de communes ne voient pas pourquoi les autres cantons poseraient cette exigence puisqu'elle ne permet pas d'accélérer la procédure, pas plus qu'elle n'est déterminante pour l'harmonisation juridique. Elles proposent donc également de formuler une réserve sur ce point.
- Les villes de Berne et Thoun craignent elles aussi que la compétence dévolue au Tribunal administratif n'entraîne des retards dans la procédure. Pour éviter de tels retards, il faudrait garantir la rapidité des décisions par des mesures d'organisation, c'est-à-dire faire en sorte que le Tribunal administratif dispose de capacités suffisantes. La Conférence régionale de l'Oberland oriental estime que la réglementation actuelle a fait ses preuves et qu'elle doit rester possible.

En revanche, le PLR, l'UDF, l'Association bernoise des communes et corporations bourgeoises et l'Association de la branche des gravières bernois (KSE Bern) ont expressément soutenu le système comprenant une unique instance de recours lors de la procédure de consultation.

3. Evaluation du Conseil-exécutif

Le Conseil-exécutif rejette la proposition de la majorité de la Commission des finances d'émettre une réserve en faveur de la procédure de recours à deux instances, et ce à la fois pour des raisons juridiques (cf. ch. 3.1 ci-dessous) et pour des considérations politiques (cf. ch. 3.2 ci-dessous). En outre, il considère que les arguments en faveur d'un système comprenant une seule instance (ch. 2.2.1 ci-dessus) surpassent largement ses inconvénients, que des mesures d'instruction appropriées du Tribunal administratif permettraient du reste de réduire (cf. ch. 3.3 ci-après).

⁵ Voir pour plus de détails l'évaluation de la procédure de consultation, en particulier au chiffre 71.

3.1 Evaluation juridique

Le Tribunal administratif ayant proposé d'émettre une réserve, la Direction des finances a chargé le professeur Hans Rudolf Trüeb, de Berne, de lui fournir un bref avis juridique⁶ afin de déterminer si la formulation d'une telle réserve serait conforme au droit, avant de soumettre cette expertise à la Commission des finances. Le professeur Trüeb était le conseiller scientifique du groupe de travail de la Confédération et des cantons qui a élaboré le nouvel AIMP et la nouvelle loi fédérale sur les marchés publics (LMP).

Cet avis juridique révèle que la réserve en question serait contraire au droit, car incompatible avec le but et le sens de l'AIMP 2019. Il s'agit en effet d'uniformiser la procédure de recours, et donc aussi de la simplifier pour les soumissionnaires. Dans son expertise, le professeur Trüeb indique également que sur plus de 700 concordats signés en Suisse, un seul à sa connaissance a été conclu avec des réserves quant au contenu, à savoir l'Accord intercantonal sur l'harmonisation de la terminologie dans le domaine de la construction ; mais contrairement à l'AIMP 2019, cet accord autorisait expressément la formulation de réserves.

La réserve dont il est ici question, sans fondement dans le concordat, constituerait donc à sa connaissance un fait nouveau dans l'histoire du droit suisse, avec des conséquences imprévisibles. D'une part, indique l'expertise, d'autres cantons pourraient eux aussi émettre des réserves, si bien que l'objectif d'une uniformisation juridique ne serait pas atteint. D'autre part, l'adhésion du canton de Berne à l'AIMP 2019 assortie de cette réserve ne serait possible qu'avec l'approbation de tous les autres cantons. Or cette approbation ne va pas de soi pour les raisons mentionnées plus haut. En conséquence, la réserve en question pourrait aboutir à l'échec de l'introduction du nouveau droit des marchés publics dans le canton de Berne.

Pour éviter cela, la majorité de la Commission des finances a décidé de proposer une disposition supplémentaire prévoyant que l'AIMP 2019 s'applique en tant que droit cantonal si l'adhésion à celui-ci n'était pas possible du fait de la réserve. Mais même cette solution présente davantage d'inconvénients selon le Conseil-exécutif :

- Par exemple, il faudrait délimiter, par des dispositions assez compliquées, les règles applicables de l'AIMP 2019 et les prescriptions dérogatoires du canton de Berne. Cela serait difficile, en particulier, lorsque les autres cantons adopteront des modifications de l'AIMP 2019 que le canton de Berne ne peut pas accepter du tout ou en totalité. Le droit des marchés publics, déjà très compliqué sans cela et à la limite de l'intelligibilité pour les non-spécialistes, deviendrait (encore) plus rebutant.
- La proposition de la commission restreindrait aussi fortement le droit de recours des entreprises souhaitant contester devant le Tribunal fédéral des décisions sur recours concernant des marchés publics. En vertu de l'article 95 LTF, il est possible de former un recours en matière de droit public pour violation du droit intercantonal, mais pas de la législation cantonale. Si l'AIMP 2019 ne s'applique plus que comme droit cantonal ayant le rang de loi, le Tribunal fédéral pourra se prononcer bien moins souvent en dernière instance sur l'application correcte du droit des marchés publics dans le canton de Berne.

3.2 Evaluation politique

Le Conseil-exécutif rejette aussi et surtout pour des raisons politiques la proposition de la majorité de la Commission des finances :

⁶ Publié sur internet à cette adresse : www.be.ch/beschaffung > Bases légales > Nouvelle législation sur les marchés publics > Avis juridique du Prof. Dr. Hans Rudolf Trüeb concernant l'adhésion à l'AIMP 2019 sous réserve (en allemand)

- La réserve proposée constituerait un acte inamical à l'égard des autres cantons et de la Confédération. Elle signifierait que le canton de Berne refuse l'unification juridique qui est le fondement de l'AIMP 2019.
- S'il n'était pas membre de l'AIMP, le canton de Berne n'aurait plus aucune influence sur le développement futur de cet accord et il serait exclu des organes et des débats intercantonaux. La seule décision qui lui appartiendrait encore serait de déterminer s'il souhaite adopter ou non les modifications décidées par les autres cantons.
- Si le canton de Berne est selon toute vraisemblance le premier membre de l'AIMP 2019 qui déroge à cet accord, il invitera ce faisant les autres cantons à eux aussi « faire le tri » des dispositions concordataires et à émettre éventuellement des réserves sur des points encore bien plus importants, ce qui pourrait par exemple compromettre l'accès des entreprises bernoises aux marchés publics de ces autres cantons. Le canton de Berne prend ainsi le risque que l'objectif d'unification du droit à l'échelle nationale ne soit pas atteint et que, comme c'est le cas aujourd'hui, chaque canton applique une législation des marchés publics différant sur des points importants. Cela nuit surtout à l'économie, qui a besoin d'une réglementation unique dans tout le pays.

3.3 Mise en œuvre de la procédure de recours à une seule instance dans le canton de Berne

Le Conseil-exécutif est d'avis qu'il est préférable d'introduire le système à instance unique prévu dans l'AIMP 2019 plutôt que de maintenir les deux niveaux de recours qui existent actuellement. Le système actuel a certes fait ses preuves, mais compte tenu des risques juridiques et politiques qui y sont désormais associés (cf. ch. 3.1 s ci-avant), le Conseil-exécutif considère que les avantages d'une seule instance de recours (cf. ch. 2.2.1 ci-avant) l'emportent sur ses inconvénients (cf. ch. 2.2.2 ci-avant), d'autant que des mesures appropriées permettent de fortement relativiser ces inconvénients et les réserves émises au sujet de l'instance unique :

- Il est vrai que le changement de système nécessitera probablement des postes supplémentaires au Tribunal administratif, puisque celui-ci sera alors chargé en tant qu'unique instance cantonale de trancher tous les recours. Ces besoins ne pourront pas être compensés simplement par l'allègement correspondant des tâches dans les anciennes instances de premier niveau, parce que les recours se répartissent actuellement entre 17 Directions et préfectures au total. La charge de travail dégagée dans chacune de ces instances sera donc insuffisante pour permettre une suppression de postes. Néanmoins, le transfert de charges devra dans la mesure du possible être prévu dans la planification des postes afin de pouvoir en tenir compte à moyen terme dans les fluctuations naturelles.
- Le fait que la procédure à une seule instance fonctionne dans d'autres cantons invalide selon le Conseil-exécutif les objections soulevées par le Tribunal administratif. En effet, la suppression de la première instance ne supprime pas les possibilités de surveillance dont disposent les Directions sur les achats de leurs offices. Au contraire : les Directions devaient jusqu'ici faire preuve d'une grande retenue dans l'influence qu'elles exerçaient sur ces achats, car elles devaient éviter de passer pour partiales ou prévenues si un recours leur était adressé. Si les Directions n'exercent plus la fonction d'instance de recours, elles peuvent comme dans la plupart des autres affaires exercer une influence directe à travers des mesures appropriées de controlling et de reporting ainsi que des consignes politiques (p. ex. pour tenir compte de critères d'achat intégrant des aspects sociaux, de durabilité ou de promotion des PME) afin de faire en sorte que les marchés publics soient passés selon des règles uniformes, conformément au droit et selon les consignes politiques du Conseil-exécutif et du Grand Conseil. Ainsi peuvent-elles aussi mieux assumer leur responsabilité politique vis-à-vis du parlement et du peuple.

- Le Conseil-exécutif juge également inexact de considérer que les instances de premier niveau rendraient ou pourraient rendre des décisions de manière plus simple et plus rapide que le Tribunal administratif. La procédure est en effet la même dans les deux instances actuelles et elle se fonde sur la loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA) : une procédure écrite avec le cas échéant plusieurs échanges de mémoires qui se conclut par une décision écrite et motivée. De même, il est généralement inexact que les Directions ou les préfectures disposent de plus de connaissances spécialisées que le Tribunal administratif. Les décisions sur recours sont dans les deux cas instruites par des juristes qui en savent à peu près autant (ou aussi peu) sur les questions techniques qui se posent dans le cas d'espèce. La concentration des décisions sur recours au Tribunal administratif offre au contraire la possibilité d'y établir un savoir-faire qui permettra le cas échéant d'accélérer le déroulement de la procédure.
- L'impression, exprimée dans plusieurs prises de position en réponse à la procédure de consultation, selon laquelle le Tribunal administratif travaillerait plus lentement ou avec plus de précision que les instances de premier niveau, vient peut-être du fait qu'à la différence de celles-ci, le Tribunal administratif ne prend pas actuellement de décision intermédiaire concernant l'octroi de l'effet suspensif : il tranche toujours directement sur le fond. Il accorde donc au final l'effet suspensif à tous les recours, même si celui-ci n'aurait pas dû être octroyé conformément à l'ancien comme au nouvel AIMP (cf. ch. 2.2.1 ci-avant). Si le Tribunal administratif modifie cette pratique, cela contribuera probablement à faire en sorte que les recours n'ayant aucune chance d'aboutir soient plus souvent retirés, ce qui réduira la durée moyenne des procédures.

4. Commentaires des articles

Les explications qui suivent correspondent à la compréhension qu'a le Conseil-exécutif des intentions de la majorité de la Commission des finances, sous réserve de commentaires divergents du ou de la porte-parole de cette majorité réunie en séance plénière.

Il reste à souligner, selon le Conseil-exécutif, que ces dispositions élaborées dans un délai très court n'anticipent et ne résoudre peut-être pas tous les problèmes pratiques qui pourraient découler de la voie suivie par la majorité de la commission. Si tel est le cas, il faudra trouver dans la pratique des solutions pragmatiques dans le cadre de l'exécution.

4.1 Article 2a : Réserves

L'article 2a indique d'une part les réserves que le Conseil-exécutif doit exprimer lors de l'adhésion à l'AIMP 2019 et, d'autre part, les dispositions de cet accord qui, de ce fait, ne s'appliquent pas ou s'appliquent différemment.

L'article 2a, alinéa 2 exclut l'application de l'article 52, alinéa 1 AIMP 2019 dont la teneur est la suivante : « Les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif cantonal en tant qu'instance cantonale unique, à tout le moins, lorsque la valeur du marché atteint la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation. »

L'article 2a, alinéa 3 exprime clairement que les références de l'AIMP 2019 au Tribunal administratif doivent s'entendre comme des références à l'instance de recours compétente au sens de l'article 3a de la présente loi.

4.2 Article 2b : Application subsidiaire de l'AIMP en tant que droit cantonal

L'alinéa 1 concerne le cas où soit un tribunal détermine dans un jugement entré en force que l'adhésion du canton de Berne à l'AIMP 2019 avec les réserves prévues à l'article 3a est irrecevable ou sans effet, soit les autres cantons ou l'autorité intercantonale instituée par l'AIMP 2019 (AiMp) n'acceptent pas l'adhésion du canton de Berne assortie de ces réserves. En pareil cas, l'AIMP 2019 ne s'applique pas en tant que concordat dans le canton de Berne, mais en tant que droit cantonal ayant le rang de loi (prévalant sur l'AIMP 2001 tant que le canton de Berne en fait encore formellement partie). Pour des raisons de sécurité juridique, le Conseil-exécutif doit fixer la réalisation de cette condition par voie d'ordonnance.

L'alinéa 2 précise qu'en cas de non-adhésion à l'AIMP 2019, les dispositions institutionnelles de cet accord ne sont pas applicables dans le canton de Berne. Cela signifie notamment que le canton de Berne ne serait pas représenté au sein de l'AiMp et qu'il n'aurait donc plus aucune influence sur d'éventuelles modifications de l'AIMP 2019, sur les adaptations des valeurs seuils ni sur l'évolution future du droit intercantonal des marchés publics.

L'alinéa 3 dispose toutefois que de telles modifications s'appliquent aussi dans le canton de Berne, lorsqu'il y consent, par une « application autonome ». Et ce, parce que les réserves ne visent pas à rejeter (pour le reste) l'harmonisation du droit des marchés publics.

L'alinéa 4 règle les compétences correspondantes. Il restera encore à déterminer sous quelle forme l'accord du Grand Conseil prévu ici devrait être recueilli (p. ex. soumis à référendum ou non). L'ordonnance d'exécution devra, dans un souci de clarté, préciser quelle version de l'AIMP 2019 s'applique ainsi dans le canton de Berne.

4.3 Article 3a : Compétence en matière de recours

L'article 3a décrit la situation actuelle comprenant deux instances de recours. Il reprend pour ce faire la réglementation existante des articles 12 et 13 LCMP, avec les adaptations suivantes :

- La nouvelle réglementation prévoit comme instances inférieures au Tribunal administratif non seulement les Directions, mais aussi la Chancellerie d'Etat car elle est désormais organisée en offices qui peuvent adjuger eux-mêmes des marchés.
- Les autorités judiciaires et le Ministère public (ce qui inclut aussi la Direction de la magistrature et son état-major des ressources) sont également cités parmi les instances précédant le Tribunal administratif. Avec la réglementation actuelle, les recours contre les décisions de ces organes doivent être formés auprès de la Direction de l'intérieur et de la justice ou de la Direction de la sécurité. Or c'est difficilement conciliable avec la séparation des pouvoirs, compte tenu en particulier de l'autoadministration du pouvoir judiciaire instaurée en 2010 par la loi du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public (LOJM, RSB 161.1).
- Il en va de même par analogie pour le Grand Conseil, désormais lui aussi mentionné comme instance précédant le Tribunal administratif, pour le cas où il passe lui-même des marchés via ses services parlementaires.

L'article 3a n'est pas applicable aux décisions de la Cour suprême et du Tribunal administratif ; en tant que tribunaux supérieurs cantonaux, ils sont soumis à l'article 52, alinéa 2 AIMP 2019, selon lequel « les recours concernant les marchés des tribunaux supérieurs cantonaux relèvent directement de la compétence du Tribunal fédéral. »

Les autorités adjudicatrices communales désignent, comme auparavant, d'une part les collectivités de droit communal selon la loi sur les communes et, d'autre part, les organisations chargées de tâches publiques que ces collectivités mandatent, constituent ou contrôlent, comme par exemple des syndicats de communes ou des entreprises publiques communales. Les autorités adjudicatrices cantonales sont tous les autres adjudicateurs publics du canton, c'est-à-dire l'administration cantonale et les organisations chargées de tâches publiques du canton. Il s'agit par exemple des hautes écoles cantonales, des hôpitaux répertoriés et des entreprises cantonales telles que BKW, BLS et Bedag Informatique.

Pour établir quelle Direction (ou la Chancellerie d'Etat) est compétente en la matière, la législation sur l'organisation reste déterminante, notamment le décret sur les tâches des Directions et de la Chancellerie d'Etat et sur la désignation des Directions (DTDD) ou la législation spéciale. Par exemple, la législation sur les tâches de l'administration cantonale dans le domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC) prévoit que différents offices sont compétents pour fournir les services de base TIC ainsi que pour les applications spécialisées et les applications de groupe. Le traitement des recours correspondants relève donc aussi de la Direction compétente.

5. Proposition

Pour les raisons exposées ci-dessus, le Conseil-exécutif invite le Grand Conseil à rejeter la proposition de la majorité de la Commission des finances d'ajouter les nouveaux articles 2a, 2b et 3a à la LAIMP.