



Rapport

Date de la séance du CE : 18 novembre 2020
Direction : Direction des finances
N° d'affaire : 2019.KAIO.520
Classification : Non classifié

Loi concernant l'adhésion à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LAIMP)

Table des matières

1.	Synthèse	2
2.	Contexte	2
2.1	Généralités	2
2.2	Clause des niveaux de prix	3
3.	Grandes lignes de la nouvelle réglementation : modifications de la législation sur les marchés publics dans le canton de Berne	5
3.1	Chapitre 1. Objet, but et définitions	5
3.2	Chapitre 2. Champ d'application	6
3.3	Chapitre 3. Principes généraux.....	6
3.4	Chapitre 4. Procédures d'adjudication	7
3.5	Chapitre 5. Conditions d'adjudication	7
3.6	Chapitre 6. Déroulement de la procédure d'adjudication	8
3.7	Chapitre 7. Délais et publication, statistiques	10
3.8	Chapitre 8. Voies de droit	10
4.	Forme de l'acte législatif	11
5.	Droit comparé	11
6.	Mise en œuvre	12
7.	Commentaire des articles	12
8.	Répercussions financières	17
9.	Répercussions sur le personnel et l'organisation	17
9.1	Répercussions sur le personnel.....	17
9.1.1	Services d'achat.....	17
9.1.2	Instances de recours.....	18
9.2	Répercussions sur l'organisation	19
10.	Répercussions sur les communes	19
11.	Répercussions sur l'économie	19
12.	Résultats de la procédure de consultation	19
13.	Proposition	20

1. Synthèse

La révision totale du 15 novembre 2019 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; ci-après « AIMP 2019 ») règle les modalités d'adjudication de marchés publics par le canton et les communes, donc de quelle manière ils achètent des biens, des services ou des ouvrages bâtis. L'AIMP 2019 modernise la législation sur les marchés publics des cantons et l'harmonise avec celle de la Confédération.

Si cette révision ne contient pas de modification fondamentale dans le domaine des marchés publics, elle permet néanmoins d'harmoniser le droit en la matière. Elle vise par ailleurs aussi des objectifs politiques comme une prise en compte accrue de la durabilité écologique, sociale et économique dans les marchés publics et le renforcement de la concurrence qualitative par rapport à la concurrence fondée sur les prix. Ces deux aspects confortent les chances des entreprises suisses de recevoir des mandats. L'AIMP 2019 met en outre en place de nouvelles méthodes d'achat et simplifie l'exclusion des marchés de soumissionnaires qui ne travaillent pas de manière fiable ou qui ne respectent pas les prescriptions. Cela renforce une concurrence juste où les participants sont placés sur un pied d'égalité. La procédure d'achat et les valeurs seuils restent en principe inchangées, mais de nombreux détails de procédure sont ajustés.

L'AIMP 2019 a été adopté à l'unanimité en novembre 2019 par la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP), en sa qualité d'autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp). Il a été élaboré par des spécialistes des cantons et de la Confédération, en même temps que la nouvelle loi fédérale sur les marchés publics (LMP 2019), dans une large mesure identique, que le Parlement fédéral a adoptée à l'unanimité le 21 juin 2019¹.

La LMP 2019 et l'AIMP 2019 servent à mettre en œuvre l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les marchés publics (Accord OMC sur les marchés publics, AMP 2012)² révisé lui aussi en totalité en 2012. La ratification de l'AMP 2012, qu'a aussi arrêtée le Parlement fédéral en juin 2019, contraint également les cantons à le mettre en œuvre dans leur législation sur les marchés publics. Dans le canton de Berne, cela passe par l'adhésion à l'AIMP 2019, qui fait l'objet de la présente loi d'adhésion. La loi existante (LCMP) et l'ordonnance sur les marchés publics (OCMP) sont abrogées et remplacées par des dispositions d'exécution de l'AIMP 2019 plus restreintes.

Dans la procédure de consultation, toutes les forces politiques ont salué l'adhésion du canton à l'AIMP 2019. Elles ont par ailleurs proposé quelques ajouts ou modifications, comme l'introduction d'une « clause des niveaux de prix » ou le renoncement à supprimer la première instance de recours. Ces deux propositions n'étant notamment pas compatibles avec l'AIMP 2019, le Conseil-exécutif ne les a pas suivies.

2. Contexte

2.1 Généralités

Pour le contexte et les explications sur l'AIMP 2019, nous renvoyons au message type de la DTAP sur l'AIMP 2019. Ce message type fourni en annexe est aussi accessible via ce lien : <https://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019/>. Le présent rapport ne porte que sur les répercussions de l'AIMP 2019 qui concernent concrètement le canton de Berne.

¹ FF 2019 4329, Curia Vista 17.019

² FF 2017 2013, FF 2019 4413, Curia Vista 17.020

Le canton de Berne avait déjà adhéré à l'AIMP du 25 novembre 1994 modifié le 15 mars 2001 (AIMP 2001)³. Si ce concordat, qui va maintenant être remplacé, harmonisait certaines grandes lignes de la législation sur les marchés publics des cantons, il laissait aussi une grande marge de manœuvre au droit cantonal. C'est la raison pour laquelle le droit bernois comporte des textes législatifs en la matière, à savoir la loi du 11 juin 2002 sur les marchés publics (LCMP)⁴ et l'ordonnance du 16 octobre 2002 y relative (OCMP)⁵. L'AIMP 2019, en revanche, règle fondamentalement toute la législation sur les marchés publics. Il n'y a donc plus de place pour la LCMP et l'OCMP qui doivent être abrogées. Elles seront remplacées par des dispositions d'exécution de l'AIMP 2019 plus restreintes.

L'initiative « Pour une concurrence loyale, qui protège les PME et les salariés du canton de Berne » déposée en octobre 2018 aurait généré des conflits avec l'AIMP 2019. Mais le comité d'initiative l'a retirée en janvier 2020 en faveur de la mise en œuvre de l'AIMP 2019.

2.2 Clause des niveaux de prix

Lors de la procédure de consultation sur la LAIMP, la « clause des niveaux de prix » de l'article 29, alinéa 1 de la LMP 2019 a été contestée. Elle énonce :

« L'adjudicateur (...) en tenant compte des engagements internationaux de la Suisse, prend notamment en considération, outre le prix et la qualité de la prestation, des critères tels que (...) les différents niveaux de prix pratiqués dans le pays où la prestation est fournie (...). »

Cette disposition entend améliorer la situation des soumissionnaires ou des produits suisses (sans préciser clairement quoi) par rapport aux étrangers qui profitent d'un niveau de prix inférieur. Le Parlement fédéral a inscrit cette clause dans la LMP 2019 à l'encontre de la proposition du Conseil fédéral. La Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics (DTAP) a par contre refusé de reprendre cette clause dans l'AIMP 2019.

Lors de la procédure de consultation sur la LAIMP, l'UDC et le PBD ainsi que l'association des PME bernoises et l'union syndicale de Berne (USB) ont demandé l'introduction de la clause des niveaux de prix dans le droit bernois. La disposition a par contre été refusée par le PLR, les Verts, la ville de Berne et l'Union du commerce et de l'industrie (HIV). Selon l'UDF, cette clause était « souhaitable, mais probablement difficilement applicable ».

Le Conseil-exécutif estime quant à lui que cette clause doit être rejetée :

- *La clause des niveaux de prix* n'apporte aucune plus-value ni à l'économie bernoise ni à l'économie suisse : les marchés publics de petite envergure sont de toutes façons déjà adjugés dans leur grande majorité à des soumissionnaires suisses. Pour les 541 adjudications qu'a publiées le canton de Berne sur simap.ch en 2019, les marchés ont tous été attribués à des entreprises ayant leur siège en Suisse. Davantage de protectionnisme est donc proprement impossible.
- *La clause des niveaux de prix viole le droit supérieur* :
 - Etant donné que la clause vise à désavantager les offres étrangères, elle enfreint le droit de l'OMC. Elle ne pourrait donc s'appliquer qu'aux marchés restreints inférieurs au seuil de l'OMC⁶. Or c'est justement pour ce type de marché que la charge administrative qui en découlerait serait particulièrement gênante.

³ RSB 731.2-1

⁴ RSB 731.2

⁵ RSB 731.21

⁶ Prise en compte des différents niveaux de prix dans les marchés publics – Admissibilité juridique et mise en œuvre pratique. Expertise juridique à l'attention de la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) établie par le Prof. Hans Rudolf Trüb et Dr Martin Zobl, 11 mars 2020 (ci-après « Trüb/Zobl »), N. 5

- La clause n'étant pas prévue dans l'AIMP (alors que la LMP la prévoit), les cantons ne peuvent pas l'introduire non plus pour les marchés inférieurs au seuil de l'OMC, comme l'affirme l'avis de droit rédigé à l'attention de la DTAP par MM. H. R. Trüeb et M. Zobl⁷.
- *La clause des niveaux de prix est inapplicable.* Les données et le niveau à prendre en considération pour évaluer le niveau des prix ne sont pas clairs :
 - Faut-il se baser sur le siège des entreprises ? Le cas échéant, la clause est sans effet, puisque comme indiqué précédemment, pratiquement toutes les offres sont soumises par des sociétés suisses.
 - Ou faut-il se baser sur d'autres facteurs, comme le lieu de fabrication des matériaux, le domicile des collaborateurs, le siège des sous-traitants ? Le cas échéant, les soumissionnaires devraient détailler ces critères dans leurs offres et les adjudicateurs devraient les vérifier. Il en résulterait un véritable cauchemar bureaucratique tant pour les soumissionnaires que pour les adjudicateurs.
 - Enfin, il n'existe pas de données actuelles fiables et comparables concernant le niveau des prix des diverses (parties de) prestations (p. ex. le développement de logiciels, les cadres de fenêtres, les projets de construction) potentielles en Suisse, sans parler de tous les autres pays. La base de données requise pour appliquer la clause des niveaux de prix fait donc déjà défaut.

Pour tous ces motifs, l'administration fédérale elle-même ignore toujours (à l'automne 2020) de quelle manière elle doit appliquer cette clause.

- *La clause des niveaux de prix entraîne une hausse des dépenses publiques et des distorsions de concurrence :*
 - Si l'on trouve un moyen de mettre en œuvre cette clause, toutes les acquisitions, du logiciel à la construction, seront forcément plus onéreuses. En effet, l'Etat utilisera le prix d'achat pour niveler les différences de prix constatées entre le marché étranger et le marché suisse.
 - Cela équivaldrait au final à accorder une subvention masquée et politiquement incontrôlable à toutes les entreprises faisant affaire avec l'Etat. Il en résulterait des charges supplémentaires imprévisibles dans tous les secteurs d'activité publics. Toutes les autres entreprises en seraient par contre privées, ce qui constituerait une inégalité de traitement injustifiée.
 - Une telle ingérence dans le marché libre serait par ailleurs impossible à justifier sur le plan réglementaire.
- *La clause des niveaux de prix crée des incitations pernicieuses à profiter de différences de prix, à épuiser des rentes, à frauder et à susciter des différends juridiques :*
 - Des soumissionnaires ingénieux pourraient se procurer des prestations à l'étranger, les proposer dans des offres en tant que prestations suisses et empocher la différence de prix. Pour les services d'achat, il sera difficile d'identifier ce type de fausses déclarations. Les incitations financières à utiliser de tels subterfuges pourraient même avoir pour résultat d'accroître le volume global des prestations étrangères acquises par l'économie suisse, ce qui irait exactement à l'encontre du but recherché par la clause des niveaux de prix.
 - La question de savoir si certaines (parties de) prestations doivent être considérées comme suisses ou étrangères et à quelle catégorie de prestation ou à quel pays elles doivent être attribuées à des

⁷ Trüeb/Zobl, N. 4, N. 88 ss

fins de comparaison suscitera en outre beaucoup d'incertitudes de la part des soumissionnaires et des services d'achat, puisque seule une minorité des prestations comprises dans la chaîne de distribution sera vraisemblablement entièrement documentée. Il faut donc s'attendre à une hausse du nombre de réclamations déposées par des soumissionnaires évincés au motif que la clause des niveaux de prix aurait été mal utilisée et, partant, à une augmentation des retards et à un renchérissement des marchés publics.

– *Et la clause des niveaux de prix étouffe la concurrence :*

- Aujourd'hui déjà, de nombreuses entreprises ne veulent plus participer à des appels d'offres publics, car pour elles la charge liée aux formalités et à la complexité de la procédure est si lourde qu'il ne vaut pas la peine de soumettre une offre. Afin d'accroître le nombre d'offres intéressantes adressées à l'Etat et de permettre le jeu de la concurrence, il faudrait donc plutôt simplifier la procédure que la compliquer. Or la clause des niveaux de prix aboutit au résultat inverse. Quelle entreprise prospère a envie de passer des heures à remplir des formulaires sur le prix et l'origine de ses prestations pour avoir une petite chance de se voir adjudger un marché ?
- Autrement dit : avec la clause des niveaux de prix, l'Etat reçoit de moins en moins d'offres, d'un cercle d'entreprises de plus en plus restreint : des « fournisseurs attirés » qui, peut-être poussés par les difficultés rencontrées sur le marché libre, se spécialisent dans la passation de marchés empreinte de bureaucratie avec l'Etat. En résumé : la clause des niveaux de prix se traduit par une diminution de la concurrence, une réduction du choix et une baisse de la qualité, tout en entraînant une hausse des prix.

Face à ces problèmes et à d'autres difficultés encore, l'avis de droit Trüb/Zobl présente des solutions destinées à tenir compte des besoins des petites et moyennes entreprises (PME). Les auteurs de l'expertise proposent également de donner plus de poids politique à cette question en introduisant une disposition dans les lois cantonales portant introduction de l'accord. C'est ce que l'avant-projet concrétise avec l'article 4.

3. Grandes lignes de la nouvelle réglementation : modifications de la législation sur les marchés publics dans le canton de Berne

Pour un aperçu de l'AIMP 2019, nous renvoyons au message type joint en annexe (p. 7 et suivantes). L'AIMP 2019 ne change pas grand-chose à la législation sur les marchés publics dans le canton de Berne, en tous cas presque rien aux valeurs seuils et rien aux types de procédures. Il apporte toutefois quelques changements par rapport au droit actuel, dont les principaux sont récapitulés ci-après. Les modifications résultant éventuellement des dispositions d'exécution n'y sont pas encore prises en compte.

3.1 Chapitre 1. Objet, but et définitions

Au chapitre 1 de l'AIMP 2019, les principales modifications concernent l'article définissant le but (art. 1 AIMP 2019). Le droit des marchés publics ne doit plus seulement servir à l'emploi économique des deniers publics, mais aussi permettre que leur utilisation soit économique et ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables. Les deux derniers aspects du principe de durabilité sont repris et concrétisés dans l'AIMP.

Cette utilisation « économique » durable des deniers publics, que le Parlement fédéral a introduite dans la LMP 2019 et qui a été reprise à partir de là, reflète une attente politique de prise en compte accrue d'entreprises suisses (message type, p. 25). Le droit supérieur fixe toutefois des limites étroites : la loi

fédérale sur le marché intérieur (LMI, art. 5) interdit toujours de désavantager des soumissionnaires d'autres cantons. Et l'Accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP 1994⁸ et désormais AMP 2012), dans la mesure où il est applicable, interdit également toute discrimination de soumissionnaires des autres Etats membres de l'AMP, par exemple des pays de l'UE.

3.2 Chapitre 2. Champ d'application

Dans sa version de 2019, l'AIMP s'applique fondamentalement aux mêmes adjudicateurs et aux mêmes marchés que l'ancien droit. Les exceptions au champ d'application découlant de la doctrine et de la pratique sont désormais expressément mentionnées (art. 10 AIMP 2019) : par exemple les affaires portant sur des immeubles, les achats effectués pour ainsi dire en interne (à des entreprises appartenant à l'Etat) ou les achats au sein de l'Etat (à d'autres services adjudicateurs).

Dorénavant, la législation sur les marchés publics ne s'applique plus aux marchés des institutions de prévoyance de droit public (comme la CPB et la CACEB), ni aux marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnelle (art. 10, al. 1, lit. e et g AIMP 2019). Les cantons ont malgré tout la possibilité d'étendre son champ d'application à ces marchés, voire à d'autres (art. 63, al. 4 AIMP 2019). Cette question devra être examinée lors de l'élaboration des dispositions d'exécution.

La législation sur les marchés publics vaut désormais explicitement aussi pour la délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession (art. 9 AIMP 2019). La législation cantonale (et donc aussi la communale) peut à nouveau exclure cette validité. Le canton et les communes peuvent ainsi continuer à déléguer des tâches publiques par voie de loi ou de règlement, par exemple à un organisme responsable commun ; ils peuvent par exemple confier à une entreprise du secteur énergétique leur appartenant le soin de s'occuper de l'éclairage public. La société retenue devient alors elle-même adjudicatrice (art. 4, al. 4 AIMP 2019), si elle ne l'est pas déjà. Dans bien des cas, une telle législation est toutefois inutile, car les exceptions énoncées à l'article 10 AIMP 2019 permettent de renoncer à un appel d'offres (privilège « in-state », art. 10, al. 2, lit. b ; privilège « quasi in-house », art. 10, al. 2, lit. d ; passation de marchés avec des organisations d'intérêt général, art. 10, al. 1, lit. e). La différence essentielle entre la délégation de tâches publiques entrant dans le cadre d'une adjudication sans appel d'offres en vertu d'une loi spéciale et la passation d'un marché public habituel (art. 8 AIMP 2019) pour lequel ce n'est pas possible réside dans le fait que dans ce dernier cas l'exécution relève toujours de la responsabilité de l'adjudicateur, tandis que la délégation des tâches inclut simultanément un transfert de la responsabilité ainsi que de la capacité d'agir en tant qu'autorité, dans son sens fonctionnel, et de l'éventuelle compétence décisionnelle requise.

3.3 Chapitre 3. Principes généraux

L'AIMP 2019 formule plus concrètement les exigences 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 (art. 12 AIMP 2019). Les soumissionnaires doivent imposer ces obligations à leurs sous-traitants. Les soumissionnaires étrangers doivent dorénavant respecter à l'étranger au minimum les accords internationaux sur le travail et sur l'environnement. Le respect de ces exigences peut être vérifié de manière centralisée par une autorité de contrôle appropriée. Les adjudicateurs comme la ville de Berne, qui effectuent des contrôles aléatoires auprès de leurs fournisseurs pour vérifier le respect de l'égalité des salaires, peuvent donc poursuivre leur pratique.

L'article 14 AIMP 2019 assouplit la pratique auparavant très stricte en ce qui concerne la préimplication du personnel des services d'achat et des soumissionnaires. Ainsi, les soumissionnaires qui ont participé

⁸ Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics, RS 0.632.231.422

à la préparation d'une procédure d'adjudication ne doivent plus désormais être exclus lorsque l'avantage concurrentiel qu'ils ont ainsi acquis peut être compensé ou qu'aucune concurrence ne serait autrement possible. Une étude de marché (p. ex. renseignements auprès des soumissionnaires ou demande d'information) n'entraîne pas la préimplication des soumissionnaires concernés, mais ses résultats doivent être publiés dans les documents d'appel d'offres. L'adjudicateur peut ainsi analyser le marché plus facilement et de manière plus approfondie, ce qui lui permet aussi de mieux cibler l'appel d'offres.

3.4 Chapitre 4. Procédures d'adjudication

Un seul changement est à noter en ce qui concerne les valeurs seuils (art. 16 et annexes à l'AIMP 2019) : désormais, une seule valeur seuil de 150 000 francs s'applique uniformément pour les services et les fournitures dans la procédure sur invitation, alors que le seuil était auparavant de 100 000 francs pour les fournitures.

Par ailleurs, la liste des motifs permettant d'adjuger un marché de gré à gré sans considération des valeurs seuils (art. 21 AIMP 2019) présente quelques changements. Désormais, les marchés ultérieurs peuvent ainsi être adjugés de gré à gré si « un changement de soumissionnaire pour des prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies n'est pas possible pour des raisons économiques ou techniques ou entraînerait des difficultés importantes ou une augmentation substantielle des coûts ». Cela recouvre un grand nombre de cas dans lesquels, pour des raisons techniques ou de savoir-faire, il existe une dépendance de fait vis-à-vis du fournisseur existant. Il est probable que la pratique judiciaire continuera d'exiger que le marché de base ait été adjugé conformément aux règles légales et que les marchés ultérieurs ne servent pas à contourner l'obligation de passer un appel d'offres. Par contre, l'accord ne prévoit plus comme motif de dérogation que l'appel d'offres relatif au projet de base mentionne une réserve pour des marchés consécutifs.

L'AIMP 2019 prévoit aussi de nouvelles méthodes, parfois déjà utilisées dans la pratique, auxquelles l'adjudicateur peut recourir dans le cadre d'une procédure ouverte, sélective ou sur invitation :

- Enchère électronique (art. 23 AIMP 2019) : elle peut être utilisée pour acquérir de manière largement automatisée des prestations standardisées.
- Dialogue (art. 24 AIMP 2019) : l'adjudicateur peut engager un dialogue avec les soumissionnaires pour concrétiser l'objet du marché ou les solutions dans le cas de prestations complexes ou innovantes.
- Contrat-cadre (art. 25 AIMP 2019) : l'adjudicateur peut conclure un contrat avec un ou plusieurs soumissionnaires pour des prestations qui seront requises au cours d'une période donnée.

3.5 Chapitre 5. Conditions d'adjudication

Il n'est plus admis comme critère d'aptitude d'exiger des marchés de référence dans l'administration publique (art. 27, al. 4 AIMP 2019).

Dorénavant, l'adjudicateur ou l'autorité compétente peut tenir une liste de soumissionnaires ayant l'aptitude requise (art. 28 AIMP 2019). Mais contrairement au droit cantonal en vigueur jusqu'ici (art. 20, al. 2 OCMP), l'AIMP ne prévoit pas de certificats attestant que les soumissionnaires ont fourni les pièces justificatives requises pour participer à une procédure d'appel d'offres. Ces certificats resteront proposés dans le cadre des dispositions d'exécution.

L'AIMP mentionne davantage de critères d'adjudication possibles qu'auparavant (art. 29 AIMP 2019), mais ils pouvaient fondamentalement déjà s'appliquer en vertu du droit en vigueur. Le nouveau critère « plausibilité de l'offre » vise à promouvoir une concurrence axée sur la qualité (cf. message type, p. 69 s.). Mais ce critère n'implique pas qu'une offre soit moins bien notée simplement parce que son prix est « trop avantageux » ; ce doit être le cas seulement s'il est probable qu'elle ne soit pas réalisable telle quelle et qu'un surcoût ou d'autres complications soient à craindre. Et ce, parce que le principe de la rentabilité s'applique toujours et que les offres dont le prix est anormalement bas ou qui ne couvrent pas les coûts restent admises. Elles doivent cependant faire l'objet d'un examen particulier (art. 38, al. 3 AIMP 2019, message type p. 86, voir aussi commentaire sur l'art. 44 AIMP 2019 ci-dessous).

Outre les critères d'aptitude et d'adjudication, l'AIMP 2019 mentionne désormais aussi, à l'article 30, la catégorie des spécifications techniques qui est déjà appliquée dans la pratique. Il s'agit d'exigences impératives concernant la prestation qui, à l'instar des critères d'adjudication, peuvent aussi être expressément d'ordre écologique (p. ex. plafond de consommation d'énergie ou d'émission de CO₂).

L'adjudicateur a la possibilité d'exclure les communautés de soumissionnaires et les sous-traitants (art. 31 AIMP 2019), ou seulement les sous-traitants de second rang. Toutefois, dans l'intérêt de la concurrence et des PME, il ne devrait le faire que dans des cas exceptionnels. Il peut par ailleurs autoriser la remise des offres par voie électronique (art. 34 AIMP 2019) et déroger ainsi au principe du droit sur la procédure administrative selon lequel les écrits doivent porter une signature manuscrite (art. 32, al. 2 LPJA)⁹.

3.6 Chapitre 6. Déroulement de la procédure d'adjudication

L'appel d'offres et les documents correspondants doivent comprendre quelques indications supplémentaires (art. 35 ss AIMP 2019) :

- Le texte de l'appel d'offres publié sur simap.ch contient désormais aussi la classification CPV, et le cas échéant CPC ; les options et lots éventuels ; le cas échéant, la limitation de la participation des communautés de soumissionnaires et du recours à des sous-traitants, ainsi que la limitation des variantes ; des indications sur les méthodes particulières (dialogue, enchère, deux enveloppes) ; les exigences de forme spéciales ; la langue des offres ; les preuves requises des critères d'aptitude ; le nombre maximal de soumissionnaires dans le cadre d'une procédure sélective ; la durée de validité des offres ; l'indication que le marché est ou non soumis aux accords internationaux ; le cas échéant les soumissionnaires préimpliqués et admis à la procédure ; et pour les prestations nécessaires périodiquement, si possible la date du prochain appel d'offres.
- Les documents d'appel d'offres contiennent aussi désormais : les spécifications techniques et les attestations de conformité ; la pondération des critères ; les documents à fournir ; le cas échéant des indications sur la remise des offres par voie électronique ou sur les enchères électroniques ; la monnaie dans laquelle les offres doivent être présentées et les délais.

L'adjudicateur peut dorénavant exiger que la prestation et le prix soient remis dans deux enveloppes distinctes (ou via deux envois électroniques). Dans ce cas, il commence par ouvrir l'enveloppe de la prestation et évaluer celle-ci avant de passer à l'enveloppe du prix (art. 38 AIMP 2019). Cette méthode des deux enveloppes vise à empêcher, dans l'intérêt d'une concurrence axée sur la qualité, que l'adjudicateur ne se laisse – sciemment ou non – influencer par le prix dans l'évaluation de la qualité des offres.

L'interdiction des négociations en vigueur jusqu'ici – et le principe d'inaltérabilité des offres – est relativisée par la possibilité parfois déjà utilisée dans la pratique de rectifier les offres (art. 39 AIMP 2019). Une

⁹ Loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives, RSB 155.21

telle rectification ou adaptation des offres après leur ouverture n'est possible que si elle est indispensable pour rendre les offres comparables ou du fait de modifications des prestations. Les négociations portant sur le prix restent toutefois interdites (art. 11, lit. d AIMP 2019).

Lorsque l'évaluation exige des moyens considérables (p. ex. en raison de tests ou d'essais pilotes), l'adjudicateur peut limiter l'évaluation détaillée aux trois offres qui sont les mieux classées sur la base des documents fournis (art. 40 AIMP 2019).

Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant soumis l'offre « la plus avantageuse » (art. 41 AIMP 2019) et non plus, comme auparavant, l'offre « économiquement la plus avantageuse ». Ce nouveau libellé repris de l'AMP n'a cependant aucune incidence dans la pratique : l'offre « la plus avantageuse » est en effet la même que l'offre « économiquement la plus avantageuse », c'est-à-dire celle qui obtient le plus de points sur la base des critères concernant le prix et la qualité, donc qui présente le meilleur rapport prix-prestation (cf. message type, p. 81 s.).

Une interruption de la procédure (art. 43 AIMP 2019) est désormais expressément permise dans le cas où les offres présentées ne peuvent pas être financées ou lorsque l'adjudicateur ne souhaite plus réaliser le projet envisagé.

Dorénavant, l'exclusion de la procédure et la révocation de l'adjudication (art. 44 AIMP 2019) sont possibles pour davantage de motifs qu'auparavant, notamment :

- en cas de corruption ou de concurrence déloyale,
- lorsque le soumissionnaire n'a pas exécuté correctement des marchés publics antérieurs ou s'est révélé d'une autre manière ne pas être un partenaire fiable. L'adjudicateur peut aussi s'appuyer sur sa propre expérience (cf. message type, p. 86).

Bien souvent, l'exclusion peut déjà se justifier dès lors que l'adjudicateur dispose d'indices suffisants, par exemple, que le soumissionnaire

- a violé les dispositions légales relatives à la concurrence et à l'environnement ou la législation contre le travail au noir,
- n'a pas respecté son obligation de confidentialité, les dispositions sur la protection des travailleurs, les conditions de travail ou l'égalité salariale entre femmes et hommes,
- a remis une offre anormalement basse ne permettant pas de garantir que les prestations seront exécutées conformément au contrat, ou
- a enfreint les règles professionnelles ou, de par ses agissements ou omissions, a porté atteinte à son honneur ou son intégrité professionnelle.

En renforçant nettement les possibilités dont dispose l'adjudicateur pour écarter les « moutons noirs » des soumissionnaires admis, cette disposition permet de promouvoir une concurrence équitable (art. 2 AIMP 2019).

Les soumissionnaires – et désormais également les sous-traitants – qui enfreignent gravement les prescriptions peuvent non seulement être exclus des futurs marchés pour une durée maximale de cinq ans, mais aussi – ce qui est nouveau – se voir infliger une amende pouvant aller jusqu'à dix pour cent du prix final de l'offre. Autre nouveauté : les entreprises sanctionnées sont recensées dans une liste centralisée de la DTAP (art. 45 AIMP 2019).

3.7 Chapitre 7. Délais et publication, statistiques

Le délai minimal de 40 jours pour la présentation des offres peut désormais être sensiblement réduit dans le cas des marchés soumis aux traités internationaux lorsque l'appel d'offres et les documents correspondants sont publiés par voie électronique (ce qui devrait normalement être le cas), lorsque les offres transmises par voie électronique sont admises et lorsque l'appel d'offres a fait l'objet d'un avis préalable. De plus, il est possible de réduire le délai au maximum à 10 jours en cas d'achat par voie électronique de marchandises ou de services commerciaux (art. 47 AIMP 2019). Ces dispositions permettent d'accélérer la procédure d'appel d'offres, mais elles posent aussi aux soumissionnaires des exigences accrues de flexibilité et de disponibilité.

Les documents d'appel d'offres sont normalement mis à disposition par voie électronique sur le site simap.ch, et ce gratuitement (art. 48, al. 2 AIMP 2019).

L'AIMP 2019 ne règle pas dans le détail la langue de l'appel d'offres (art. 48, al. 4 et 5). Il faudra donc concrétiser cette réglementation dans les dispositions d'exécution, probablement par analogie avec la réglementation actuelle (art. 8 s. OCMP).

3.8 Chapitre 8. Voies de droit

Désormais, les décisions (y compris d'adjudication) sont à motiver de manière sommaire ; autrement dit, elles doivent comprendre relativement peu d'indications, mais qui permettent néanmoins d'en comprendre les grandes lignes (cf. message type, p. 94 s.). Elles peuvent être notifiées comme auparavant de façon individuelle par voie postale, ou dans le cadre de la publication de l'adjudication sur simap.ch (art. 51 AIMP 2019).

L'adjudicateur aura cependant toujours intérêt à offrir individuellement, pendant le délai de recours déjà, davantage d'explications aux soumissionnaires non retenus qui le demandent (« débriefing »). Sinon, les soumissionnaires devraient former un recours pour pouvoir consulter les pièces du dossier afin d'obtenir de plus amples informations sur les motifs de la décision (art. 51, al. 1, et art. 57 AIMP 2019).

Le délai de recours est désormais de 20 jours, contre 10 jours auparavant (art. 56 AIMP 2019).

Dorénavant, le Tribunal administratif est la seule instance cantonale pour les recours contre toutes les décisions relevant du droit des marchés publics (art. 52 AIMP 2019). Du coup, il n'y a plus de recours administratif préalable auprès de la Direction ou de la préfecture compétente, ce qui accélère la procédure et contribue à l'uniformisation de la pratique. Cette mesure garantit également que la décision relative à l'effet suspensif du recours est rendue par un tribunal plutôt que par une autorité administrative. Il s'agit là d'une décision importante, car si l'effet suspensif n'est pas octroyé, le contrat peut être conclu avec le soumissionnaire retenu (art. 42, al. 1 AIMP 2019) et souvent l'intérêt pratique du recours disparaît. Avec cette disposition, les voies de recours sont uniformisées à l'échelle nationale : aujourd'hui, seuls le canton de Berne et en partie le canton de Fribourg disposent de deux instances cantonales de recours dans le domaine des marchés publics.

Dans la procédure de consultation, des craintes ont été exprimées quant au fait que la compétence du Tribunal administratif en première instance risquait de prolonger et de compliquer la procédure de recours, ce qu'il convient d'éviter. En effet, l'AIMP 2019 prévoit, à l'instar de l'AIMP 2001 déjà, que l'effet suspensif ne peut être octroyé que si le recours a des chances d'aboutir et qu'aucun intérêt public prépondérant ne s'y oppose (art. 54, AIMP 2019). Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, une décision incidente du tribunal administratif en ce sens peut rapidement débloquer une procédure d'adjudication.

4. Forme de l'acte législatif

Le Grand Conseil approuve les traités intercantonaux qui ne ressortissent pas exclusivement au Conseil-exécutif – ce qui n'est pas ici le cas (art. 74, al. 2, lit. b ConstC). Il doit donc se prononcer sur l'adhésion du canton de Berne à l'AIMP 2019. En outre, des dispositions d'exécution sont nécessaires au niveau cantonal pour mettre en œuvre l'AIMP 2019 (cf. ci-après commentaire sur l'art. 5 LAIMP). La délégation de compétence correspondante au Conseil-exécutif doit être prévue par une loi (art. 69, al. 2 ConstC), de même que l'étendue des voies de droit (cf. ci-après commentaire de l'art. 3 LAIMP). En outre, il convient d'abroger un texte législatif, à savoir la LCMP. En conséquence, l'adhésion à l'AIMP 2019 doit faire l'objet d'une loi.

Il est à remarquer au sujet de la version de l'AIMP 2019 jointe au présent rapport, qui sera publiée dans le Recueil systématique des lois bernoises (RSB) après l'adhésion, qu'elle s'écarte par certains aspects formels (préambule, formule finale, numéros d'article et formatage des tableaux dans les annexes) de la version authentique annexée au message type. Cela résulte de restrictions du système électronique de publication de l'administration cantonale, mais ne change rien au contenu des dispositions.

5. Droit comparé

La LAIMP se fonde sur le modèle de loi d'adhésion de la DTAP accessible à l'adresse www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019. Elle ressemble donc probablement aux actes législatifs d'adhésion ou d'introduction des autres cantons qui sont élaborés en parallèle.

Certaines dispositions du modèle de loi d'adhésion de la DTAP n'ont *pas* été reprises dans la LAIMP, soit parce qu'elles ne répondent à aucun besoin identifié, soit parce que ces questions pourront être réglées si nécessaire dans le cadre des dispositions d'exécution (art. 5 LAIMP) :

- délais et réduction des délais pour les marchés non soumis aux accords internationaux (ch. 3 du modèle de loi);
- désignation du droit cantonal déterminant pour la procédure de décision et de recours (ch. 5 du modèle de loi). Il ressort clairement de la loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA) que c'est la LPJA qui s'applique toujours en la matière;
- délégation de compétence au Conseil-exécutif concernant l'ouverture publique des offres (ch. 6 d du modèle de loi) et désignation d'un organe de publication supplémentaire (ch. 6 e);
- délégation de compétence au Conseil-exécutif concernant la réception des dénonciations de violations des prescriptions légales par le soumissionnaire (ch. 6 k du modèle de loi). En principe les règles générales relatives aux dénonciations faites à l'autorité de surveillance s'appliquent aussi dans ces cas-là (art. 101 LPJA). Autrement dit, les manquements des soumissionnaires peuvent être signalés à l'autorité de surveillance compétente (p. ex. l'Office de l'économie) ou à l'adjudicateur, et si cela reste sans effet, dénoncés auprès de l'autorité compétente de rang supérieur.

Les différences entre l'AIMP 2019 et la LMP 2019 sont exposées dans le document comparatif de la DTAP qui est disponible à l'adresse www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019.

6. Mise en œuvre

La mise en œuvre de l'AIMP 2019, tout comme celle de l'ancien droit sur les marchés publics, incombe normalement aux différents services d'achat, qui sont toujours soutenus dans cette tâche par le Bureau central de coordination des achats (BCCA) de l'Office d'informatique et d'organisation (OIO). Celui-ci conseille les services d'achat, met à leur disposition des modèles de documents, des outils ainsi que des offres de formation et de perfectionnement, prend en charge d'autres tâches transversales et collabore avec la Confédération et d'autres cantons (art. 19 OOMP). Le BCCA publie les informations correspondantes sur le site internet accessible via ce lien : www.be.ch/beschaffung.

7. Commentaire des articles

Pour les explications relatives à l'AIMP 2019, nous renvoyons au message type de la DTAP joint en annexe. Les commentaires ci-après concernent la LAIMP.

L'AIMP 2019 n'utilise que le masculin, ne parlant par exemple que d'« adjudicateurs » ; la version allemande de la LMP 2019 n'utilise en revanche que le féminin, solution pour laquelle s'est décidé le groupe de travail de la Confédération et des cantons en se fondant sur leurs renseignements, et ce pour des raisons de lisibilité. Mais les deux textes s'adressent aux deux sexes. Par dérogation aux prescriptions techniques bernoises applicables à la législation, la LAIMP reprend la convention linguistique de l'AIMP 2019, afin de garantir la continuité terminologique.

Article 1

L'alinéa 2 rappelle sous une forme condensée les principes du droit des marchés publics visés à l'article 2 AIMP. Avec cette disposition déclaratoire, le canton de Berne reconnaît expressément son adhésion à ces principes, et en particulier au nouveau principe de durabilité, prépondérant, ancré dans l'AIMP et la LMP, qui est aussi la priorité du programme de législature 2019 à 2022¹⁰.

Article 2

En dépit de son adhésion à l'AIMP 2019, le canton de Berne reste formellement membre de l'ancien AIMP 2001 jusqu'à ce que tous les cantons aient adhéré à l'AIMP 2019. Le Conseil-exécutif dénoncera ensuite l'AIMP 2001 (cf. art. 6, lit. f). C'est indispensable pour que le canton de Berne puisse continuer pendant cette période transitoire à s'impliquer dans l'AiMp, organe intercantonal créé par l'AIMP 2001 et composé des membres de la DTAP, et pour qu'il n'y ait pas de changement de personnel jusqu'à la formation du nouvel AiMp. Malgré la double adhésion temporaire du canton aux deux AIMP, il résulte de l'article 64 AIMP 2019 que le nouvel AIMP 2019 s'applique aux marchés publics lancés à compter de la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation.

Article 3

L'article 3 est la seule disposition d'exécution au rang de loi.

Alinéa 1 : en vertu de l'article 52, alinéa 1 de l'AIMP 2019, les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours « à tout le moins, lorsque la valeur du marché atteint la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation ». Le droit cantonal doit donc déterminer s'il accorde les voies de droit seulement à partir de la valeur seuil de la procédure sur invitation ou s'il les étend aux marchés de moindre valeur (cf. message type, p. 95). Dans le droit fédéral, le recours est possible à partir de la valeur seuil déterminante pour les procédures ouvertes ou sélectives en ce qui concerne les marchés portant sur des travaux de construction, et à partir de la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation en ce qui concerne les marchés portant sur d'autres prestations (art. 52, al. 1 LMP 2019).

¹⁰ Programme de législature 2019 à 2022, p. 7.

L'article 3 prévoit, comme déjà l'ancienne législation (art. 12 Abs. 3 LCMP), que les voies de droit existent seulement à partir de la valeur seuil de la procédure sur invitation, c'est-à-dire à partir de 150 000 francs, ou de 300 000 francs pour les travaux de gros œuvre. Cette réglementation a des raisons pratiques. Pour les marchés de gré à gré dont le montant n'atteint pas la valeur seuil, l'adjudicateur n'a pas de documents à produire ; il ne doit donc pas définir de critères et n'est pas tenu de formaliser ni de justifier la décision d'adjudication. Il serait de ce fait très difficile au Tribunal administratif de procéder à un examen juridique faute de documents sur lesquels s'appuyer. De même, les griefs possibles seraient très limités : comme la procédure de gré à gré pour des montants inférieurs à la valeur seuil laisse une très grande liberté à l'adjudicateur dans le choix du partenaire avec lequel il conclut le contrat, un recourant ne pourrait pas par exemple faire valoir une erreur d'évaluation, mais tout au plus des violations grossières des principes du droit des marchés publics (cf. message type concernant l'art. 21, al. 1 AIMP 2019, p. 55).

Une telle restriction des voies de droit serait assurément aussi un avantage, vu sous l'angle de l'Etat de droit (voir la garantie de l'accès au juge, à l'art. 29a Cst., qui peut néanmoins être restreinte par la loi comme il est prévu ici), mais elle serait disproportionnée dans la pratique. Pour pouvoir la réaliser, il faudrait soumettre les services d'achat à de nombreuses obligations en matière de documentation et de motivation aussi pour les marchés de gré à gré dont le montant n'atteint pas la valeur seuil. Ces charges supplémentaires des services d'achat et celles du Tribunal administratif pour le traitement des recours correspondants seraient disproportionnées par rapport à l'intérêt pratique que quelqu'un peut avoir à l'adjudication d'un petit marché.

Alinéa 2 : En application de la motion 239-2014, la DIJ prépare actuellement une révision partielle de la loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA), dans laquelle un nouvel article 42a portant sur la suspension des délais doit être introduit. Cette suspension des délais ne peut pas s'appliquer dans le droit des marchés publics, car selon l'ancienne et la nouvelle versions de l'AIMP, les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas en la matière (art. 15, al. 2^{bis} AIMP 2001, art. 56, al. 2 AIMP 2019). Étant donné que le droit bernois préfère le terme « suspension de délai » à celui de « férie judiciaire », il est judicieux, par souci de clarté, de reprendre la disposition avec le terme adéquat dans le droit cantonal, d'où cet alinéa.

Article 4

Cette disposition tient compte de la demande des PME, qui se sont exprimées en faveur d'une reprise de la « clause des niveaux de prix » de l'article 29, alinéa 1 LMP (cf. plus haut le ch. 2.2 pour les détails) lors de la procédure de consultation.

Il s'agit d'un mandat politique (et donc non justiciable) chargeant l'adjudicateur de tenir compte de la situation spécifique des PME en introduisant des mesures appropriées sans pour autant violer les buts du droit des marchés publics (art. 2 AIMP 2019) ni le droit supérieur. Selon la loi sur le marché intérieur, ces mesures ne doivent en particulier pas désavantager des soumissionnaires d'autres cantons. Conformément au droit conventionnel, elles ne doivent pas non plus désavantager des soumissionnaires étrangers dans le cadre des accords internationaux.

Cette disposition correspond à la réglementation proposée dans l'avis de droit Trüeb/Zobl. Les auteurs de l'expertise l'expliquent comme suit¹¹ :

« Même sans l'introduction de critères d'adjudication supplémentaires, le droit des marchés publics propose différentes mesures conformes au droit international, fédéral et concordataire, afin de tenir compte des besoins des petites et moyennes entreprises (PME) suisses :

¹¹ Trüeb/Zobl (note de bas de page 6), N. 110 s.

- Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, les soumissionnaires étrangers ne doivent être admis à la procédure que pour autant que l'Etat dans lequel ils ont leur siège accorde la réciprocité (art. 6 révAIMP/révLMP).
- Les pouvoirs adjudicateurs sont en principe libres de scinder les marchés importants en plusieurs lots. L'exigence selon laquelle un seul soumissionnaire ne peut obtenir qu'un nombre limité de lots est également licite (art. 32, al. 3 révAIMP/révLMP). Il s'agit certes d'une intervention dans la structure du marché qui est problématique du point de vue de l'exigence de la neutralité concurrentielle de l'Etat. Mais le législateur accepte cette restriction dans l'intérêt d'un maintien à long terme de la concurrence (pluralité des soumissionnaires).
- Il est par ailleurs possible de tenir compte des caractéristiques des soumissionnaires petits et moyens dans le sens où des critères d'aptitude appropriés (c.-à-d. non excessifs) sont établis. Les exigences à l'égard de la capacité financière, de l'organisation et des références éventuelles de soumissionnaires doivent de toute façon toujours être raisonnables et appropriées dans l'optique du marché en question.
- Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, un adjudicateur peut prendre en compte à titre complémentaire 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 (art. 29, al. 2 révAIMP/révLMP). Il faut toutefois que la pondération du critère ne soit pas excessive. Le nombre de places de formation doit par ailleurs être mise en relation avec le nombre total d'emplois du soumissionnaire correspondant ayant une succursale ou un siège en Suisse. C'est donc la proportion relative qui est déterminante, pas le nombre absolu de places de formation¹².
- Les adjudicateurs jouissent d'une liberté d'appréciation considérable lors de la fixation des exigences techniques et du choix ainsi que de la pondération des critères d'adjudication, dans laquelle les tribunaux n'interviennent qu'en cas de violation du droit. Les pouvoirs adjudicateurs sont donc libres de pondérer la qualité de l'objet à acquérir au détriment du prix, notamment lorsqu'il s'agit de bien non standardisés, que ce soit dans le cadre des exigences techniques ou des critères d'adjudication.
- Des critères de durabilité et d'innovation spécifiques au produit sont également autorisés dans certaines limites. La condition préalable est qu'ils se rapportent à l'objet du marché, qu'ils soient objectivement justifiables et qu'ils ne constituent pas une discrimination cachée.

Les instruments de la loi sur les travailleurs détachés qui ont fait leurs preuves dans la pratique sont en outre disponibles pour la protection du marché du travail suisse. »

Article 5

Les cantons peuvent édicter des dispositions d'exécution de l'AIMP 2019 (art. 63, al. 4 AIMP 2019). Cette compétence est déléguée au Conseil-exécutif comme dans le droit cantonal en vigueur (art. 15, al. 1 LCMP). Cela se justifie parce que les détails qu'il faut de ce fait régler au plan de l'organisation et de la procédure doivent le cas échéant être rapidement adaptés aux nouvelles réalités économiques, politiques ou juridiques.

L'énumération non exhaustive de l'alinéa 2 donne un aperçu des sujets qui peuvent, du point de vue actuel, faire l'objet des dispositions d'exécution. Les dispositions d'exécution du Conseil fédéral concernant la LMP 2019 pourraient servir d'exemple, mais elles ne sont pas encore disponibles au moment de la rédaction du premier projet de la présente loi.

¹² Note de bas de page in Trüb/Zobl : cf. TF, arrêt 2P.242/2006 du 16 mars 2007, consid. 4.2.1 ss.

- Alinéa 2, lettre a : voir plus haut, chiffre 3.2.
- Alinéa 2, lettre b : selon la législation en vigueur (art. 6, al. 2 LCMP), les marchés en procédure de gré à gré d'une valeur dépassant le seuil fixé et qui doivent être adjugés par exemple pour cause d'urgence ou d'absence de concurrence (cf. art. 21, al. 2 AIMP 2019) doivent être publiés sur simap.ch – où ils sont susceptibles de recours – dès lors que le seuil de la procédure ouverte ou de la procédure sélective est atteint (CHF 250 000, ou CHF 500 000 pour le gros œuvre). Selon l'article 48, alinéa 1 AIMP 2019, cette obligation de publier ne s'applique qu'aux marchés soumis aux accords internationaux, autrement dit dans la plupart des cas portant sur une valeur minimale de 350 000 francs ou de 700 000 francs. Pour pouvoir maintenir au même niveau qu'aujourd'hui la protection des soumissionnaires contre les adjudications abusives de marchés en procédure de gré à gré dont la valeur atteint le seuil fixé, et pour des raisons pratiques (il n'est pas toujours aisé de déterminer quand des marchés sont soumis aux accords internationaux), les dispositions d'exécution doivent permettre d'estimer si la réglementation actuelle doit ou non être maintenue.
- Alinéa 2, lettre c : voir plus haut, chiffre 3.7.
- Alinéa 2, lettre d : concernant la formation, voir ci-après, chiffre 9.1.1. A titre de mesure de prévention contre la corruption, il pourrait aussi à l'avenir s'avérer utile d'exiger un contrôle de sécurité relatif aux personnes responsables des achats. Un service spécialisé vérifie à cet effet le casier judiciaire, le registre des poursuites et d'autres documents officiels au sujet d'une personne, afin d'évaluer le risque de comportement délictueux ou de chantage qu'elle présente. Mais pour qu'une telle mesure puisse être appliquée, il faut que les bases légales et l'organisation correspondantes existent aussi pour le reste de l'administration publique. Cela fera l'objet des futurs travaux législatifs dans le domaine de la sécurité de l'information.
- Alinéa 2, lettre e : la motion [042-2019](#) adoptée à l'automne 2019 sous forme de postulat exige entre autres que des mesures soient prises contre les nuisances des cartels dans les appels d'offres publics. Le Conseil-exécutif avait annoncé examiner des mesures préventives en la matière dans le cadre de la mise en œuvre de l'AIMP 2019.
- Alinéa 2, lettre f : la motion [042-2019](#) exigeait aussi que les données des adjudications soient transmises à la Commission de la concurrence (COMCO), ce qui devra être réglé dans les dispositions d'exécution. Il faudra en outre continuer de relever des données à des fins statistiques dans le cadre de l'AMP (art. 50 AIMP 2019), et ce conformément à la pratique à partir des publications sur simap.ch. Avec la mise en place prévue d'un système de progiciel de gestion intégré (ERP) dans l'administration cantonale, on disposera de plus à l'avenir d'une meilleure base technique pour le relevé et la publication éventuels d'autres indications sur l'adjudication des marchés de l'administration cantonale d'une valeur inférieure à la valeur seuil, ce qui serait bon pour la transparence et la confiance de la population vis-à-vis des marchés publics.
- Alinéa 2, lettre g : voir plus haut, chiffre 6.
- Alinéa 2, lettre h : il est indiqué de définir uniformément par voie d'ordonnance les preuves minimales requises par les adjudicateurs, par exemple concernant le paiement des impôts et des cotisations sociales (cf. art. 44 AIMP 2019), pour servir de base à l'octroi des certificats attestant que les soumissionnaires ont fourni les pièces justificatives requises pour participer à une procédure d'appel d'offres (cf. plus haut, ch. 3.5).

Article 6

Ces autres compétences déléguées au Conseil-exécutif correspondent au modèle de loi d'adhésion de la DTAP, à l'exception des dispositions qui ne sont pas applicables ou judiciaires dans le canton de Berne (cf. plus haut, ch. 5). La DTAP explique ces dispositions comme suit¹³ :

« A propos [de l'art. 6, lit. b LAIMP]:

Contrôle des chantiers et similaires (art. 12, al. 5 AIMP)

A propos [de l'art. 6, lit. c LAIMP] :

- Tenue et suppression d'une liste de soumissionnaires qualifiés (art. 28, al. 1 et 5, AIMP)
- Prononcé de sanctions, p. ex. exclusion, amende, avertissement (art. 45, al. 1 AIMP)
- Dénonciation des accords illicites affectant la concurrence à la Commission de la concurrence COMCO (art. 45, al. 2 AIMP)
- Tenue d'une liste des soumissionnaires sanctionnés (art. 45, al. 3, AIMP)
- Communication de renseignements sur les soumissionnaires sanctionnés (art. 45, al. 3 AIMP)
- Annonce des exclusions entrées en force à l'AiMp (art. 45, al. 3 AIMP)
- Tenue d'une liste des cas où des subventions ont été retirées (art. 45, al. 5 AIMP)
- Tenue de statistiques sur les marchés adjugés (art. 50, al. 1 AIMP)
- Annonce des statistiques à l'AiMp, à l'intention du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) (art. 50, al. 1 AIMP)
- Contrôle et surveillance du respect de l'accord par les adjudicateurs et les soumissionnaires (art. 62, al. 1 et 2 AIMP)

A propos [de l'art. 6, lit. d LAIMP] :

La pratique judiciaire autorise l'adjudicateur à déléguer en interne sa compétence de communication concernant la notification des décisions (p. ex. à une unité d'organisation inférieure). On suppose toutefois que la compétence de l'adjudicateur en matière de décision reste inchangée. Cette possibilité de délégation doit être conservée (art. 51, al. 1 AIMP).

A propos [de l'art. 6, lit. e, LAIMP] :

Modifications mineures : p. ex. adaptation des valeurs seuils (art. 16 AIMP) »

Article 8

Alinéa 2 : L'AIMP 2001 reste provisoirement en vigueur pour que le canton de Berne puisse continuer à s'impliquer dans l'AiMp – organe créé par l'AIMP – mais comme il n'a plus de signification au plan du droit matériel (cf. plus haut, commentaire de l'art. 2), il est retiré du Recueil systématique des lois bernoises. Les personnes qui appliquent la législation sur les marchés publics peuvent ainsi clairement déterminer que c'est désormais l'AIMP 2019 qui est déterminant pour elles. L'AIMP 2001 reste publié dans le Recueil officiel des lois bernoises (l'acte dans le ROB 02-92, et la modification des valeurs seuils dans le ROB 10-64) et peut également être consulté dans la Feuille fédérale (FF 2003 196).

Modifications indirectes

L'ajout d'un nouvel alinéa 5 à l'article 17a de la loi cantonale sur le Contrôle des finances (LCCF) s'explique comme suit : selon l'article 11, lettre b AIMP 2019, l'adjudicateur « prend des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption ». Dans l'ordonnance d'introduction (OiAIMP), il convient de prévoir à ce titre que tout adjudicateur dispose d'un service d'enregistrement auprès duquel les collaborateurs et collaboratrices peuvent dénoncer des irrégularités dans le domaine des marchés publics. Pour les communes ou d'autres adjudicateurs communaux qui ne disposent pas de leur propre service d'enregistrement, cette tâche incombe à la préfecture. Étant donné qu'en vertu de l'article 17a LCCF l'administration cantonale compte déjà un service chargé d'enregistrer les

¹³ DTAP: loi d'adhésion à l'AIMP : commentaires (consulté en août 2020)

irrégularités, seuls les adjudicateurs cantonaux juridiquement indépendants (p. ex. les entreprises publiques) sont encore tenus d'établir un tel service. Lorsque, dans des cas spécifiques, ils ne s'acquittent pas de cette obligation, les collaborateurs et collaboratrices doivent pouvoir s'adresser subsidiairement au Contrôle des finances du canton. La base légale est ainsi créée d'entente avec ce dernier pour que la disposition correspondante puisse être ancrée dans l'OiAIMP.

Dans la loi sur le marché du travail, la référence à la LCMP abrogée est remplacée par une référence générale à la législation sur les marchés publics (désormais donc l'AIMP 2019 et ses dispositions d'exécution).

8. Répercussions financières

Voir aussi le message type, page 105.

Etant donné que l'AIMP 2019 est une législation en matière de procédure, elle n'a pas de conséquences financières directes sur les cantons et les communes. simap.ch, l'association conjointe de la Confédération et des cantons, prévoit de renouveler d'ici 2023 la plateforme électronique nationale de publication des marchés publics, notamment pour mettre en œuvre le nouvel AIMP et la nouvelle LMP. Selon les premières estimations, le montant des coûts incombant au canton de Berne (en fonction de sa population résidente) se situe autour de 140 000 francs.

La mesure dans laquelle les services d'achat vont faire usage des possibilités supplémentaires qu'offre l'AIMP 2019 pour encourager la durabilité et le renforcement de la concurrence qualitative dans les marchés publics se répercutera par une augmentation des prix de ceux-ci puisque les marchés auront tendance à être adjugés à des offres plus onéreuses d'un niveau de qualité plus élevé. La professionnalisation nécessaire dans le domaine des marchés publics va elle aussi de pair avec des coûts de personnel (cf. ci-après, ch. 9.1.1).

Il est impossible de chiffrer ces coûts ici, parce qu'ils dépendent dans une large mesure de la mise en œuvre de l'AIMP 2019 par le canton, les communes et les différents services d'achat, et donc finalement aussi des différentes consignes et priorités politiques du membre du gouvernement responsable ou de l'autorité élue par le peuple.

9. Répercussions sur le personnel et l'organisation

Voir aussi le message type, page 105.

9.1 Répercussions sur le personnel

9.1.1 Services d'achat

L'AIMP 2019 n'a pas de répercussion directe sur le personnel des services d'achat du canton et des communes. Il poursuit cependant une tendance à la professionnalisation et à la spécialisation dans le domaine des marchés publics qui y est aujourd'hui déjà perceptible.

Pour pouvoir mettre en œuvre les objectifs politiques de l'AIMP 2019 – à savoir privilégier la qualité plutôt que la concurrence tarifaire et renforcer la durabilité – le Conseil-exécutif juge indispensable, à l'avenir, de confier si possible les achats publics (en tous cas ceux de grande envergure), uniquement à des

spécialistes disposant d'une formation adéquate. Aujourd'hui, seuls les services d'achat assez importants disposent en général de ce type de personnel. Les autres autorités règlent leurs achats en quelque sorte à titre accessoire, et confient cette tâche à leur personnel non spécialisé (p. ex. cadres, responsables des ressources ou chefs de projet) ou font appel à des spécialistes externes.

Des personnes qui n'ont pas suivi de formation professionnelle dans le domaine des achats ou des marchés publics sont certes en mesure, avec un peu d'aide ou d'expérience, de lancer un appel d'offres conformément aux prescriptions du droit. Mais il leur manque souvent les connaissances spécifiques ou les habitudes requises pour obtenir un résultat optimal. Ce genre de savoir-faire est ainsi nécessaire pour définir et fixer des exigences, ainsi que pour établir des critères mesurables et sélectifs qui concrétisent les objectifs du pilotage politique, par exemple en matière de durabilité, et qui garantissent une véritable concurrence au niveau de la qualité – et pas seulement au niveau des prix. Quiconque ne s'identifie pas personnellement et professionnellement aux objectifs des achats publics, ou ne conçoit les appels d'offres que comme une obligation pénible, aura tendance à définir des critères de qualité relativement superficiels, évalués à peu de frais. Mais des critères de ce genre ne permettent pas de mesurer la qualité de l'offre de manière approfondie, et comme les soumissionnaires les satisfont tous plus ou moins aussi bien ou mal, au final c'est pratiquement le prix qui fait à lui seul la différence. C'est précisément ce que veut éviter la nouvelle législation. Mais rien ne changera dans la pratique des achats sans davantage de personnel spécialisé.

Pour pouvoir atteindre les objectifs de l'AIMP 2019, le Conseil-exécutif juge par conséquent nécessaire d'examiner, au niveau des dispositions d'exécution, des règles sur la formation du personnel chargé des achats, et de centraliser davantage les achats dans l'administration cantonale pour autant que cela permette de réaliser un potentiel d'optimisation supplémentaire. Le nouveau diplôme de « Spécialiste des marchés publics avec brevet fédéral », proposé dès 2020 notamment par le centre de recherche spécialisé dans le numérique durable de l'Université de Berne, offre une formation professionnelle qui peut constituer le fondement de la nécessaire professionnalisation du domaine des marchés publics.

9.1.2 Instances de recours

Le recours administratif de première instance contre des décisions d'achat auprès des Directions, de la Chancellerie d'Etat et des préfets et préfètes disparaît. Le nombre de ce genre de recours étant relativement faible¹⁴, cela n'a pas de grande conséquence sur les besoins de personnel des services juridiques concernés. Le Tribunal administratif sera désormais la première et seule instance de recours au plan cantonal pour les affaires d'achat, au lieu de la seconde comme jusqu'à présent.

La Direction de la magistrature s'est exprimée comme suit à ce sujet (*traduction*) : « [Nous relevons] une fois encore que le passage vers une voie de recours unique générera d'importants coûts supplémentaires. Pour mettre en œuvre cette nouvelle réglementation, le Tribunal administratif aura besoin de personnel supplémentaire, aussi bien au niveau des juges que des greffiers. Or les moyens disponibles ne permettront pas de couvrir les charges supplémentaires. Selon notre expérience, il faut donc prévoir plusieurs centaines de milliers de francs par année, même si, conformément à sa pratique, la magistrature limitera là aussi ses propositions au strict minimum. Il est peu probable que le surcoût puisse être compensé par une réduction de postes dans les instances précédentes. »

¹⁴ Moyenne cantonale : 17 recours par an de 2016 à 2018 selon les informations communiquées par les Directions au BCCA (les préfectures n'en ont pas communiqué).

9.2 Répercussions sur l'organisation

L'AIMP 2019 n'a pas de répercussions directes sur l'organisation du domaine des marchés publics, donc sur la question de savoir qui, dans l'administration cantonale ou communale, est compétent pour l'achat de quelles prestations. C'est toujours à chaque collectivité publique et à chaque adjudicateur de régler cette question. Vu la tendance à la professionnalisation des marchés publics favorisée par l'AIMP 2019, le canton et les communes ne pourront pas éviter à moyen terme, comme mentionné plus haut, de centraliser davantage – voire de fusionner – les activités d'achat et de les déléguer à des spécialistes.

10. Répercussions sur les communes

L'AIMP 2019, comme l'AIMP 2001 avant lui, s'applique aussi aux communes et organisations chargées de tâches communales. Les répercussions décrites plus haut s'appliquent donc aussi à leurs services d'achat. Les communes devront notamment vérifier la conformité de leurs prescriptions en matière d'achats avec celles de la nouvelle législation.

11. Répercussions sur l'économie

Voir aussi le message type, p. 6.

Selon la mesure dans laquelle les services d'achat mettent en œuvre les objectifs de l'AIMP 2019 – à savoir davantage de durabilité et davantage de concurrence qualitative –, il est possible que davantage de marchés publics soient adjugés à des entreprises bernoises et suisses. Et ce, parce qu'elles ont tendance à pratiquer des prix et une qualité d'un niveau plutôt élevé par rapport à leurs concurrentes étrangères.

Mais il ne faut pas surestimer cet effet éventuel. Aujourd'hui déjà, les marchés publics du canton (surtout ceux de petite envergure) sont adjugés dans leur grande majorité à des entreprises bernoises, et pratiquement tous à des entreprises suisses : concernant par exemple les 541 adjudications qu'a publiées le canton de Berne sur simap.ch en 2019, les marchés ont tous été attribués à des entreprises ayant leur siège en Suisse. Le prix restera toujours un critère déterminant, et le niveau des prix et de la qualité des entreprises bernoises devrait aussi rester comparable à celui des entreprises d'autres cantons. Les chances de se voir attribuer un marché public dépendront aussi à l'avenir moins de la législation sur les marchés publics ou de la politique en la matière que d'autres facteurs, comme la situation économique générale, la politique économique et fiscale, ainsi que la capacité économique et la force d'innovation des différentes entreprises.

12. Résultats de la procédure de consultation

Le principe de la LAIMP (encore intitulée à ce moment-là « loi portant introduction de l'accord intercantonal sur les marchés publics », LiAIMP), et avec elle de l'adhésion du canton de Berne à l'AIMP 2019, a été approuvé à l'unanimité lors de la procédure de consultation. De nombreux participants ont salué les avantages du nouveau droit des marchés publics. Les remarques et les requêtes concernant le contenu portaient sur des aspects spécifiques du nouveau droit. Les principales demandes exprimées sont les suivantes :

- L'introduction de la « clause des niveaux de prix » a été demandée avec insistance par certains et rejetée avec tout autant de détermination par d'autres. Pour les détails à ce sujet, voir plus haut le chapitre 2.2 et les commentaires concernant l'article 4.

- La réduction de la procédure de recours à une seule instance de recours cantonale (le Tribunal administratif) conformément à l'article 52, alinéa 1 AIMP 2019 a été résolument rejetée par le Tribunal administratif et la Direction de la magistrature ainsi que par l'Association des communes bernoises, la Conférence régionale Oberland-Est et les communes de Berne, Thoun et Steffisburg, qui craignaient une augmentation des charges et des retards dans les procédures de recours. Le changement de système a en revanche été soutenu par le PLR, l'UDF, l'association bernoise des communes et corporations bourgeoises et l'association de la branche des graviers bernois (KSE Bern). Étant donné que l'AIMP 2019 ne tolère aucune réserve, ce changement de procédure doit être repris, ne serait-ce que parce qu'il comporte aussi des avantages (accélération et amélioration de la qualité grâce à la présence d'une seule instance cantonale) et correspond à la solution retenue dans les autres cantons. Voir plus haut, chiffre 3.8.
- Les Verts se sont prononcés en faveur d'une prescription exigeant que les appels d'offres dans le domaine de l'asile et des affaires sociales s'adressent uniquement aux organisations sans but lucratif, de contrôles systématiques de l'égalité de traitement entre femmes et hommes et de l'obligation de former les personnes chargées de l'approvisionnement. Pour les raisons exposées dans l'évaluation de la procédure de consultation, ces demandes n'ont pas été concrétisées.
- Plusieurs participants ont exprimé des demandes concernant l'ordonnance portant introduction de la loi.

Pour un examen plus approfondi des demandes exprimées lors de la procédure de consultation, nous renvoyons à l'évaluation de la procédure effectuée par la Direction des finances¹⁵.

13. Proposition

Pour ces motifs, le Conseil-exécutif propose au Grand Conseil d'approuver le projet de loi ci-joint.

Pièces jointes

- Message type de la DTAP sur l'AIMP 2019 y compris le texte de l'accord et les annexes 1 à 4, disponible à l'adresse (www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019/)
- AIMP 2019 (version pour le RSB)

¹⁵ Publié dans: <https://www.fin.be.ch/fin/fr/index/beschaffung/beschaffung.html> > Bases légales > Nouvelle législation sur les marchés publics.