



Webinaire et podcast vidéo

# Les modifications du droit des marchés publics dans le canton de Berne

## AIMP 2019 / LAIMP / OAIMP

Thomas M. Fischer  
Office d'informatique et d'organisation (OIO)  
Bureau central de coordination des achats





# Programme

1. Introduction
2. Commentaire des modifications du droit des marchés publics
  1. Objet, but et définitions
  2. Champ d'application
  3. Principes généraux
  4. Procédures d'adjudication
  5. Exigences en matière d'adjudication
  6. Déroulement de l'adjudication
  7. Délais, publications et statistiques
  8. Voies de droit
3. Vos questions

**Pauses**  
5 / 15 / 5 minutes  
chaque heure



# Introduction

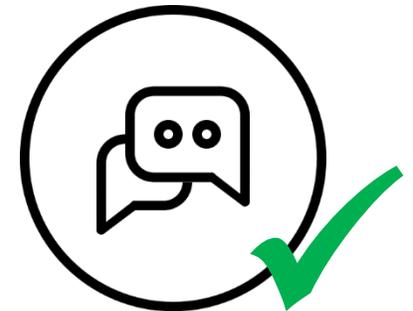
- À propos de ce webinaire
- Abréviations
- Informations complémentaires

# À propos de ce webinar : normes de participation

Si vous participez en direct à ce webinar, nous vous prions d'éteindre votre microphone et votre caméra.

Vous pouvez utiliser la fonction « chat » pour poser vos questions auxquelles je répondrai si nous avons suffisamment de temps. Si je n'aborde pas votre question, la raison peut en être que le sujet en question sera traité ultérieurement dans ce webinar ou dans l'une des autres bases mentionnées dans cette section.

Les opinions juridiques que j'exprime dans ce webinar sont les miennes, sauf si j'en indique les sources. Elles n'engagent ni l'OIO ni aucun autre service du canton de Berne.





# À propos de ce webinar : présentation

**Thomas M. Fischer** est avocat, chef de l'état-major et du service juridique de l'Office d'informatique et organisation (OIO) du canton de Berne, membre de la direction de l'OIO et président de la Conférence cantonale des achats (CCA).

Rattaché à la Direction des finances du canton de Berne et à l'OIO, le **Bureau central de coordination des achats (BCCA)** se charge des tâches transversales du domaine des marchés publics dans le canton de Berne. Il apporte son soutien aux services d'achat du canton et des communes sous forme de conseils, d'outils et de modèles, disponibles à l'adresse [www.be.ch/marchespublics](http://www.be.ch/marchespublics).



# À propos de ce webinar : objet

Ce webinar présente les principales **modifications du droit des marchés publics dans le canton de Berne** qui résultent de l'adhésion du canton à l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP 2019) totalement révisé. Nous n'aborderons pas les dispositions qui ne changent pas en substance.

Nous signalerons en particulier les modifications qui découlent des **dispositions d'exécution bernoises** de l'AIMP 2019. De la sorte, les personnes appliquant le droit d'autres cantons pourront tirer parti du contenu restant du webinar.

Nous n'aborderons qu'en partie les différences entre l'AIMP 2019 et la loi fédérale sur les marchés publics (LMP). Dès lors, ce webinar aura une utilité limitée pour les personnes qui appliquent principalement le **droit des marchés publics de la Confédération**.



# À propos de ce webinar : objectif

Ce webinar entend montrer

- les dispositions du droit des marchés publics dans le canton de Berne qui ont été modifiées et la teneur de ces modifications ; et
- les conséquences de ces modifications pour la pratique des adjudicateurs et des soumissionnaires.

Nous ne nous intéresserons qu'aux modifications qui entraînent **un changement de fond d'une certaine portée**. Dès lors, nous ne commenterons pas les nombreuses dispositions du nouveau droit qui ne font que codifier la doctrine et la pratique.



# À propos de ce webinar : conditions de participation et distinction

Ce webinar s'adresse à des **personnes possédant déjà des connaissances et une expérience du droit des marchés publics.**

Il ne s'agit donc pas d'une formation de base ou d'une introduction au droit des marchés publics, qui se retrouvent dans d'autres offres ou documents de base disponibles sur [www.be.ch/marchespublics](http://www.be.ch/marchespublics).



# À propos de ce webinaire : format

Ce webinaire est aussi proposé en tant que présentation ou vidéo à télécharger. Vous les trouverez, ainsi que d'autres documents de base, à l'adresse [www.be.ch/marchespublics](http://www.be.ch/marchespublics).

Ces enregistrements et les documents y relatifs peuvent être librement utilisés dans le respect des conditions de la licence Creative Commons Attribution 4.0 International ([CC BY 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)).

# Abréviations

Dans ce webinaire, j'utilise les abréviations suivantes pour désigner les bases légales applicables :

## **D'application obligatoire dans le canton de Berne :**

AMP / AMP 2012	<u>Accord sur les marchés publics 2012</u> (Accord révisé sur les marchés publics, RS 0.632.231.422)
LMI	<u>Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur</u> (RS 943.02)
AIMP / AIMP 2019	Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (RSB 731.2-1)
LAIMP	Loi bernoise du 8 juin 2021 concernant l'adhésion à l'accord intercantonal sur les marchés publics (RSB 731.2)
OAIMP	Ordonnance bernoise concernant l'accord intercantonal sur les marchés publics (RSB 731.21)

# Abréviations

Dans ce webinaire, j'utilise les abréviations suivantes pour désigner les bases légales applicables :

## **Actes législatifs de la Confédération utilisés à titre de comparaison :**

LMP / LMP 2019      Loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (RS 172.056.1)

OMP / OMP 2019      Ordonnance du 12 février 2020 sur les marchés publics (RS 172.056.11)

## **Actes législatifs valables jusqu'au 1<sup>er</sup> février 2022 :**

LCMP                      Loi du 11 juin 2002 sur les marchés publics (RSB 731.2)

OCMP                      Ordonnance du 16 octobre 2002 sur les marchés publics (RSB 731.21)

# Abréviations

J'utilise par ailleurs les abréviations suivantes dans ce webinaire :

MT	Message-type (commentaires) concernant l'AIMP 2019 de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP)
R LAIMP / OAIMP	Rapport (commentaires) du Conseil-exécutif relatif à la LAIMP ou à l'OAIMP
Comm.	Diverses auteures et divers auteurs dans : Hans Rudolf Trüeb (éd.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Schulthess 2020.

Voir les transparents de l'annexe qui indiquent d'autres abréviations et sources du droit.

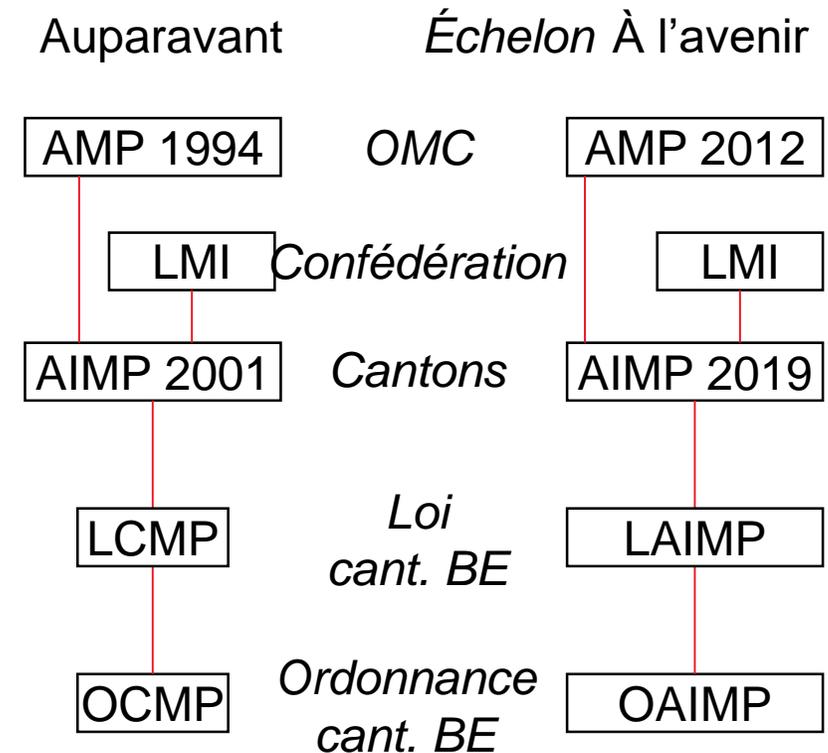
*Remarques concernant le langage* : l'AIMP 2019 n'utilise que la forme masculine pour les termes d'« adjudicateur » et de « soumissionnaire ». Cette convention est reprise dans les actes législatifs bernois et, par conséquent, dans ce webinaire.

# Hiérarchie des normes

L'illustration présente les liens entre les anciennes et les nouvelles dispositions.

Dans l'ancien droit, la réglementation des marchés publics se distribuait entre l'AIMP 2001, la LCMP et l'OCMP.

Dans le nouveau droit, ces marchés sont régis presque exclusivement par l'AIMP 2019 ; la LAIMP et l'OAIMP ne contiennent plus que quelques dispositions complémentaires.



# Informations complémentaires

Vous trouverez sur le site [www.be.ch/marchés\\_publics](http://www.be.ch/marchés_publics) les informations suivantes sur le nouveau droit (certaines d'entre elles ne seront publiées qu'ultérieurement) :

- Bulletin d'information présentant les nouveautés d'ordre juridique, politique et méthodologique ainsi que les derniers arrêts des tribunaux
- Textes et matériel concernant le nouveau droit
- Liens vers d'autres programmes de formation et de perfectionnement :
  - Site internet « Nouveautés de l'AIMP »
  - Formation en ligne pour les parties aux procédures d'adjudication publiques
  - Guide intercantonal à l'usage des adjudicateurs de marchés publics
  - Programmes de formation et de perfectionnement proposés par des tiers dans le domaine des marchés publics



# AIMP 2019, 1<sup>er</sup> chapitre : Objet, but et définitions



# Qu'est-ce qui ne change pas en substance dans le 1<sup>er</sup> chapitre de l'AIMP ?

- Les **principes** de l'économicité, de la transparence, de l'égalité de traitement et de la non-discrimination ainsi que de l'efficacité de la concurrence.
- Les **notions** créées par la doctrine et la pratique, telles que soumissionnaire, entreprise publique, organisme de droit public, marchés soumis aux accords internationaux ou marché public.

# AIMP 2 : But

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 2.a

Le présent accord vise les buts suivants:  
a une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables;

## Ancienne disposition : AIMP 2001 1.3.d

<sup>3</sup> Il poursuit notamment les objectifs suivants:  
d permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics.

L'article relatif au but ajoute au **principe de l'économicité, qui reste valable**, le principe de la **durabilité** dans ses trois dimensions. Conjugué à d'autres dispositions, cet article constitue la base légale permettant de tenir compte de ces objectifs, notamment en formulant les critères. Selon l'AIMP 29.1-2 et 30.4, l'adjudicateur peut désormais utiliser sans limitation des **critères écologiques**, mais uniquement sous condition des **critères sociaux**.

Ajoutée par le Parlement fédéral, la notion de « volkswirtschaftliche » Nachhaltigkeit (durabilité pour l'économie nationale) ne figure que dans le texte allemand. Cette notion est floue. À supposer qu'il s'agisse d'une façon d'exprimer la volonté politique de mieux protéger les produits indigènes, cette clause est nulle et non avenue étant donné qu'elle est contraire au droit supérieur (LMI et AMP, Comm. n° 13).

Dès lors, la durabilité ne peut toujours pas servir de prétexte à des mesures protectionnistes, c'est-à-dire à écarter des soumissionnaires provenant de l'extérieur du canton ou de la commune (MT p. 25, Comm. n° 17).

# AIMP 5 : Droit applicable

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 5.6

<sup>6</sup> Les entreprises publiques ou privées qui bénéficient de droits exclusifs ou spéciaux octroyés par la Confédération ou qui exécutent des tâches dans l'intérêt national peuvent choisir de soumettre leurs marchés au droit applicable à leur siège ou au droit fédéral.

En vertu de l'AIMP 4.2.a-h, les **entreprises opérant dans les secteurs** (concessionnaires dans les domaines de l'alimentation en eau, de l'électricité et du transport) peuvent désormais choisir d'appliquer le **droit fédéral ou le droit cantonal**.

Dans le canton de Berne, cette disposition concerne par exemple les FMB ou le BLS.

Ce choix ne doit pas être ponctuel, mais valable sur une longue période et s'appliquer à tous les marchés publics. Il doit être indiqué dans les appels d'offres (Comm. n° 20, 23, av. renv.).



# AIMP 2019, 2<sup>e</sup> chapitre : Champ d'application

# Qu'est-ce qui ne change pas en substance dans le 2<sup>e</sup> chapitre de l'AIMP ?

- Le **champ d'application subjectif** (qui, en qualité d'adjudicateur, est soumis au droit des marchés publics), avec de petites nuances.
- Le **droit applicable** aux achats collectifs (dans ses grands traits).
- Les **exclusions du champ d'application objectif** (à quels marchés le droit des marchés publics ne s'applique-t-il pas ?) issues de la doctrine et de la pratique ou prévues par les traités internationaux. Figurent parmi ces exceptions (AIMP 10) :
  - les transactions immobilières,
  - les transactions sur titres,
  - les marchés passés avec des organisations de bienfaisance (organisations à but non lucratif poursuivant des buts d'intérêt public),
  - les contrats de travail, et
  - les marchés passés entre des institutions publiques (marchés *in-house*, *quasi in-house* et *in-state*).

# AIMP 9 : Délégation de tâches publiques et octroi de concessions (1/3)

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 9

La délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. Demeurent réservées les dispositions des lois spéciales du droit fédéral et cantonal.

Le nouveau droit indique clairement que les actes suivants sont aussi considérés comme des marchés publics et doivent, le cas échéant, faire l'objet d'un appel d'offres :

- La **délégation d'une tâche publique** (en allemand, « Beleihung ») ne porte pas seulement sur la tâche en soi, mais aussi sur la responsabilité de son exécution. Elle peut comporter, sans le faire nécessairement, la délégation de pouvoirs de disposition ou d'autres pouvoirs relevant de la puissance publique.

Nous en trouvons des exemples surtout dans le domaine des services publics (comme l'alimentation en eau, l'électricité ou la santé).

# AIMP 9 :

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 9

La délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. Demeurent réservées les dispositions des lois spéciales du droit fédéral et cantonal.

Le nouveau droit indique clairement que les actes suivants sont aussi considérés comme des marchés publics et doivent, le cas échéant, faire l'objet d'un appel d'offres :

- La **concession** est le droit exclusif d'exploiter une ressource (l'extraction de matières premières ou l'affichage sur des bâtiments publics, p. ex.) ou d'exercer une activité (l'exploitation d'une cantine dans un bâtiment public, p. ex.).

Ce genre de marché doit être mis au concours lorsqu'il ne sert pas, ou pas exclusivement, l'intérêt commercial du concessionnaire, mais aussi l'intérêt public et qu'il est assorti du versement d'une rémunération à ce dernier. Cette rémunération peut aussi prendre la forme de l'avantage économique que le concessionnaire retire du marché public (Comm. n° 44).

# AIMP 9 : Délégation de tâches publiques et octroi de concessions (3/3)

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 9

La délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. Demeurent réservées les dispositions des lois spéciales du droit fédéral et cantonal.

Le droit cantonal (et par conséquent aussi le droit communal, voir R LAIMP, p. 6) peut toutefois soumettre l'adjudication de ce genre de contrats à d'autres règles, par voie de loi ou d'ordonnance (Comm. n° 64).

Lorsqu'elles excluent l'application du droit des marchés publics, ces **dispositions ressortissant à des lois spéciales** doivent prévoir une autre procédure d'adjudication, qui doit également être transparente, objective et impartiale. Toute dérogation au droit des marchés publics doit reposer sur des motifs objectifs (Comm. n° 64).

Cette obligation ne s'oppose toutefois pas à ce que des collectivités confient la gestion commune de tâches publiques à un sujet de droit constitué à cette fin (syndicats de communes, SA d'exploitation de piscines, p. ex.), car ces marchés bénéficient en général du statut de marchés *in-state* ou *quasi in-house*.

# AIMP 10.1.e : Marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnelle

## Dérogation bernoise à l'AIMP 2019 : OAIMP 2

L'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP) s'applique aussi aux marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnelle.

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 10.1.e

<sup>1</sup> Le présent accord ne s'applique pas :  
e aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, des organismes d'insertion socioprofessionnelle, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires;

Les Chambres fédérales ont exclu du champ d'application objectif du droit des marchés publics les marchés concernant des mesures du marché du travail, de sorte que ces marchés peuvent être adjugés sans appels d'offres, c'est-à-dire de gré à gré. Cette exception est probablement contraire à l'AMP (Comm. n° 18).

Dans le canton de Berne, les dispositions d'exécution suppriment cette exception sur la base de l'article 8 LAIMP. L'AIMP 63.4 permet d'étendre, mais pas de restreindre, le champ d'application de l'accord. Dès lors, les prestations fournies dans le domaine de l'insertion socioprofessionnelle continueront à faire l'objet d'un appel d'offres dans le canton de Berne.

Les cantons n'étant pas parvenus à se mettre d'accord sur cette dérogation, ils ont convenu d'autoriser chaque canton à prévoir son propre régime.

# AIMP 10.1.g : Marchés passés par les institutions de prévoyance de droit public

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 10.1.g

<sup>1</sup> Le présent accord ne s'applique pas:  
g aux institutions de prévoyance de droit public des cantons et des communes.

Le nouveau droit n'assujettit plus les **caisses de pension publiques** au droit des marchés publics, c'est-à-dire qu'elles ne sont plus tenues de mettre leurs marchés au concours.

Dans le cas du canton de Berne, cela concerne par exemple les caisses cantonales CPB et CACEB.

Les Chambres fédérales ont ajouté cette exception en pensant à la caisse fédérale Publica. Le but de cette exception est de permettre aux caisses de pension publiques de bénéficier sur le marché des placements de la même souplesse que leurs concurrentes privées, dans l'intérêt de leurs assurés. Il est aussi permis de douter que cette exception soit conforme à l'AMP (Comm. n° 34).



# Pause

## 5 minutes





# AIMP 2019, 3<sup>e</sup> chapitre : Principes généraux

# Qu'est-ce qui ne change pas en substance dans le 3<sup>e</sup> chapitre de l'AIMP ?

- **Principes régissant la procédure** : caractère confidentiel de la procédure et des informations des soumissionnaires et interdiction des négociations sur les prix (ce dernier principe est néanmoins une nouveauté pour la LMP).
- **Conditions de participation** : respect du droit public applicable par les soumissionnaires (et, c'est une nouveauté expressément inscrite dans la loi, par leurs sous-traitants), tels que le droit du travail, l'égalité salariale et le droit de l'environnement.
- **Règles applicables à la détermination de la valeur de marché** : obligation de totalisation et indivisibilité des marchés, règles applicables aux contrats successifs (valeur sur une période de 12 mois)

# AIMP 11 : Principes régissant la procédure

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 11.1.b

Lors de la passation des marchés publics, l'adjudicateur observe les principes suivants:

- b il prend des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption;

## Ancienne disposition : AIMP 2001 11.1.b

Lors de la passation de marchés, les principes suivants doivent être respectés:

- b concurrence efficace;

Le nouveau droit donne aux adjudicateurs publics l'obligation de prendre des **mesures concrètes** contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption. La lutte contre la corruption est l'un des objectifs centraux du nouvel AMP (MT, p. 41).

Les articles 3 à 6 OAIMP concrétisent ces mesures pour le canton, en se fondant en partie sur le droit fédéral (OMP). Nous les présentons dans les transparents suivants.

# OAIMP 3 : Sensibilisation des collaborateurs

## Dans le canton de Berne : OAIMP 3 ≈ OMP 3

<sup>1</sup> Les collaborateurs et collaboratrices d'un adjudicateur et les tiers mandatés par ce dernier qui participent à une procédure d'adjudication sont tenus

- a de déclarer leurs activités accessoires, leurs autres mandats et les liens d'intérêts susceptibles de conduire à un conflit d'intérêts lors de la procédure d'adjudication et
- b de fournir une déclaration d'impartialité lorsque la valeur seuil de la procédure sur invitation est atteinte.

<sup>2</sup> L'adjudicateur veille à ce que ses collaborateurs et collaboratrices qui participent à des procédures d'adjudication soient régulièrement informés de la façon dont ils peuvent éviter efficacement les conflits d'intérêts et la corruption.

Le **formulaire d'attestation de respect des règles**, créé sur la base de l'article 3.1 OAIMP, obligatoire à partir de la procédure sur invitation, est un instrument de sensibilisation important, qui attire l'attention des collaborateurs sur les règles de marché public (confidentialité, récusation, acceptation de cadeaux, etc.). Pouvant également être rempli par voie électronique (par courriel, p. ex.), il figure comme modèle sur le site [www.be.ch/marchespublics](http://www.be.ch/marchespublics). **Attention** : ce formulaire ne permet pas d'éviter des motifs de récusation, mais seulement de mieux les identifier. Les adjudicateurs doivent toujours veiller à ce que les personnes partiales se récuse.

Pour honorer son devoir d'information en vertu de l'article 3.2 OAIMP, l'administration cantonale a recours à une formation en ligne obligatoire pour tous les agents du cantons.

# OAIMP 4 : Service d'enregistrement des irrégularités

## Dans le canton de Berne : OAIMP 4

- <sup>1</sup> L'adjudicateur s'assure que ses collaborateurs et collaboratrices peuvent s'adresser à un service indépendant de leur hiérarchie pour signaler des manquements aux prescriptions sur les marchés publics.
- <sup>2</sup> Le service d'enregistrement des irrégularités traite de manière confidentielle les signalements d'irrégularités. Ces signalements ne doivent pas porter préjudice aux collaborateurs et collaboratrices qui les ont effectués.
- <sup>3</sup> Les communes ou d'autres adjudicateurs communaux peuvent renoncer à créer un service d'enregistrement des irrégularités au sens de l'alinéa 1. Dans ce cas, c'est le préfet ou la préfète qui enregistre les irrégularités signalées.
- <sup>4</sup> Le Contrôle des finances est (...) le service d'enregistrement des irrégularités au sens de l'alinéa 1 pour les collaborateurs et collaboratrices du canton.

Le nouveau droit bernois protège expressément les **lanceurs d'alerte** qui signalent les irrégularités commises par les adjudicateurs ou les soumissionnaires. Ils peuvent s'adresser, en indiquant leur nom ou sous couvert d'anonymat, à un service qui mène l'enquête et doit, si besoin est, adopter des mesures relevant du droit de la surveillance. Au sein de l'administration cantonale, il existe déjà un service de ce genre, rattaché au Contrôle des finances. Tous les autres adjudicateurs doivent en créer un et le faire connaître dans leurs unités. Le rattachement institutionnel de ce service doit lui permettre d'enquêter sur les problèmes sans dépendre de la hiérarchie. La préfecture est le service d'enregistrement des adjudicateurs communaux qui, comme le droit le leur permet, ne créent pas de service interne.

Les lanceurs d'alerte ne doivent pas être licenciés, dégradés, mutés, harcelés ou subir d'autres genres de préjudices pour avoir effectué un signalement. Ils peuvent invoquer les dispositions du droit du personnel qui les protègent.

# OAIMP 5 : Mesures contre les accords affectant la concurrence

## Dans le canton de Berne : OAIMP 5

- <sup>1</sup> L'adjudicateur prévoit dans le contrat avec l'adjudicataire que ce dernier lui soit redevable d'une peine conventionnelle si
- a l'adjudicataire conclut en lien avec le marché des accords illicites affectant la concurrence, la peine conventionnelle représentant dans ce cas au minimum dix pour cent du montant final de l'offre,
  - b des sous-traitants ou fournisseurs de l'adjudicataire concluent en lien avec le marché ou les prestations préalables des accords illicites affectant la concurrence, la peine conventionnelle représentant dans ce cas au minimum dix pour cent de la rémunération totale des prestations du sous-traitant ou fournisseur concerné. (...)
- <sup>3</sup> L'adjudicateur peut déroger aux alinéas 1 et 2 lorsque le risque d'accords illicites affectant la concurrence est faible.

Il y a **accord illicite** lorsque des soumissionnaires se mettent d'accord de présenter des offres afin qu'un soumissionnaire concret emporte le marché. Cette pratique fait augmenter les prix de près de 50 %. C'est surtout le secteur de la construction qui en souffre. Lorsque des ententes de ce genre sont mises à jour, il est rarement possible de demander des dommages-intérêts. C'est pour cette raison que le droit bernois introduit des peines conventionnelles dans les contrats, désormais incluses dans les CG cantonales ([www.be.ch/cg](http://www.be.ch/cg)). Il est ainsi donné suite à la [motion 042-2019 Köpfli](#).

Le soumissionnaire peut se prémunir contre les accords illicites passés par ses sous-traitants en leur transférant la peine conventionnelle. Les entreprises « repenties » dans une procédure de la COMCO ont elles aussi droit à une réduction de la peine, ce qui les incite à révéler les accords illicites (al. 2).

Des exceptions (al. 3) sont possibles lorsque la concurrence est effective (les soumissionnaires sont nombreux et varient d'un marché à l'autre, la qualité des prestations varie nettement). Les peines conventionnelles ont une incidence sur le prix de l'offre.



# OAIMP 6 : Données concernant les accords illicites

## Dans le canton de Berne : OAIMP 6

<sup>1</sup> La Commission de la concurrence ou son secrétariat peut accéder à sa demande aux procès-verbaux sur l'ouverture des offres.

La Commission de la concurrence est l'organe de la Confédération chargé de lutter contre les accords nuisibles à la concurrence. Elle a mis au point des méthodes statistiques permettant de dégager des données relatives aux adjudications des indices de l'existence d'accords illicites. Dès lors, le nouveau droit donne l'obligation aux adjudicateurs de lui fournir les données nécessaires si elle les leur demande.

# AIMP 12 et 26 : Conditions de participation applicables aux sous-traitants

## Nouvelle disposition : AIMP 2019, 12.4 et 26.1

**Art. 12** <sup>4</sup> Les sous-traitants sont tenus de respecter les exigences définies aux alinéas 1 à 3 [*Dispositions relatives à la protection des travailleurs, conditions de travail, égalité salariale et droit de l'environnement*]. Cette obligation doit être mentionnée dans les accords que les soumissionnaires concluent avec leurs sous-traitants.

**Art. 26** <sup>1</sup> Lors de la procédure d'adjudication ainsi que lors de l'exécution du marché adjugé, l'adjudicateur s'assure que les soumissionnaires et leurs sous-traitants remplissent les conditions de participation, dont en particulier le respect des exigences définies à l'article 12, qu'ils ont payé les impôts et les cotisations sociales exigibles et qu'ils ne concluent pas d'accords illicites affectant la concurrence.

L'AIMP 2019 étend expressément les conditions de participation légales aux **sous-traitants**. La différence entre sous-traitants et fournisseurs du soumissionnaire réside dans le fait que le sous-traitant fournit lui-même des éléments de la prestation faisant l'objet du marché et a dès lors le statut d'un auxiliaire de l'adjudicataire au sens de l'article 101 CO. En revanche, le fournisseur fournit uniquement du matériel, des outils ou des prestations de travail isolées (R OAIMP 11, av. renv.).

En conséquence, les sous-traitants doivent eux aussi fournir les **justificatifs** requis pour prouver qu'ils satisfont aux conditions de participation (voir ci-dessous les commentaires pour AIMP 26 et OAIMP 11).

# AIMP 13.1 : Récusation

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 13

<sup>1</sup> Ne peuvent participer à la procédure d'adjudication, du côté de l'adjudicateur ou du jury, les personnes qui:

- a ont un intérêt personnel dans le marché;
- b sont liées par les liens du mariage ou du partenariat enregistré ou mènent de fait une vie de couple avec un soumissionnaire ou un membre de l'un de ses organes;
- c sont parentes ou alliées, en ligne directe ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale, d'un soumissionnaire ou d'un membre de l'un de ses organes;
- d représentent un soumissionnaire ou ont agi dans la même affaire pour un soumissionnaire, ou
- e ne disposent pas, pour toute autre raison, de l'indépendance nécessaire pour participer à la passation de marchés publics. . (...)

## Ancienne disposition : AIMP 2001 11

Lors de la passation de marchés, les principes suivants doivent être respectés: (...)

- d. respect des conditions de récusation des personnes concernées;

Les soumissionnaires ont droit à l'évaluation de leurs offres par une **instance indépendante**. Jusqu'ici, c'étaient les dispositions du droit cantonal relatives à la récusation (LPJA 9) qui s'appliquaient. En qualité de loi spéciale, les nouvelles règles de l'AIMP, **moins strictes**, priment ces dispositions. Une simple apparence de partialité ne suffit plus, il faut que la partialité affecte concrètement la procédure d'acquisition (Comm. n° 17). Les facteurs objectifs donnant lieu à une apparence de partialité doivent être suffisamment probants et une récusation se justifie d'autant plus que la proximité est étroite et actuelle (MT, p. 48).

# AIMP 13.4 : Conditions de récusation dans les jurys

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 13.4

<sup>4</sup> 4 L'adjudicateur peut prescrire dans l'appel d'offres que les soumissionnaires qui entretiennent avec un membre du jury une relation justifiant la récusation dans les concours et les mandats d'étude parallèles soient exclus de la procédure.

Cette disposition, qui se retrouve uniquement dans l'AIMP, mais pas dans la LMP, correspond à la norme SIA 142/3 (Comm. n° 27). En vertu de cette règle, l'adjudicateur peut prévoir, en présence d'un motif de récusation, que ce soit le soumissionnaire concerné et non le membre du jury qui soit écarté de la procédure.

Nous sommes d'avis, et nous rejoignons en cela l'opinion exprimée par le Conseil-exécutif dans la procédure de consultation, que cette disposition est contraire au droit à une procédure équitable (Cst 29.1). En effet, le soumissionnaire n'a aucune influence sur la composition du jury et n'a donc pas à supporter les conséquences d'un jury dont la composition suppose un motif de récusation. En outre, cette disposition peut ouvrir la voie à des abus, car l'adjudicateur peut, en décidant de la composition du jury, influencer les soumissionnaires potentiels. **Il ne faudrait donc pas appliquer l'AIMP 13.4.**

# AIMP 14 : Préimplication

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 14

<sup>1</sup> Les soumissionnaires qui ont participé à la préparation d'une procédure d'adjudication ne sont pas autorisés à présenter une offre lorsque l'avantage concurrentiel ainsi acquis ne peut être compensé par des moyens appropriés et que l'exclusion ne compromet pas la concurrence efficace entre soumissionnaires.

<sup>2</sup> Les moyens appropriés pour compenser un avantage concurrentiel sont en particulier:

- a la transmission de toutes les indications essentielles concernant les travaux préalables;
- b la communication des noms des participants à la préparation du marché;
- c la prolongation des délais minimaux.

<sup>3</sup> Une étude de marché requise par l'adjudicateur préalablement à l'appel d'offres n'entraîne pas la préimplication des soumissionnaires mandatés. L'adjudicateur publie les résultats de l'étude de marché dans les documents d'appel d'offres.

## Ancienne disposition : OCMP 24.1.a

<sup>1</sup> L'adjudicateur ou l'adjudicatrice exclut de la procédure un ou une soumissionnaire qui

- a a participé à la préparation des documents ou de la procédure d'adjudication de telle sorte qu'il ou elle a pu manipuler l'adjudication à son avantage;

L'AIMP 2019 **assouplit les règles applicables à la préimplication** en réaction à des arrêts restrictifs. L'exclusion ne sera plus utilisée qu'en ultime recours, lorsqu'il est impossible de compenser l'avantage concurrentiel du soumissionnaire préimpliqué (la communication de son nom – AIMP 14.1.b – n'est cependant pas une mesure de compensation, mais une application du principe de transparence, Comm. n° 16). Même lorsque toute compensation est impossible, le soumissionnaire reste en lice si son exclusion empêche une concurrence efficace (s'il y a très peu de soumissionnaires, p. ex.). Cette règle permet aux adjudicateurs de réaliser des **études de marché beaucoup plus poussées** et, à cette fin, de mettre en place un échange direct avec les soumissionnaires potentiels.

# AIMP 14.3 : But de l'étude de marché

Avant chaque marché, l'adjudicateur devrait procéder à une analyse ou à une étude du marché pour répondre aux questions suivantes :

- **Combien de soumissionnaires existe-t-il sur le marché ? Qui sont-ils ?** Dans quelles structures (monopole, oligopole, etc.) ? Quelles sont leurs offres et dans quelle mesure satisfont-elles à nos exigences ?
- Au vu de ce qui précède, vaut-il **la peine de lancer un appel d'offres** ou est-il préférable de procéder à une adjudication de gré à gré, de modifier les exigences ou de renoncer à conclure un marché ?
- **Make or buy ?** Est-il plus économique de fournir la prestation en interne ou de l'acquérir ?
- **Un groupement d'achat est-il possible ?** La prestation a-t-elle déjà fait l'objet d'un marché public ? Pouvons-nous nous associer à un marché déjà passé par un autre adjudicateur ou passer un nouveau marché en commun avec un autre adjudicateur ? Est-il possible de passer des marchés complémentaires de gré à gré pour des marchés déjà conclus ?

La **communication des résultats** de l'étude de marché (AIMP 14.3, 2<sup>e</sup> phrase) devrait être suffisamment étendue pour que tous les soumissionnaires potentiels (surtout ceux qui n'ont pas été contactés personnellement) disposent du même niveau d'information. La publication d'informations confidentielles requiert le consentement des entreprises en question (Comm. n° 20).

# AIMP 14.3 : Méthodes d'études de marché

Voici les méthodes applicables aux études de marché :

- **Exploitation de sources en libre accès** : sites internet de soumissionnaires, revues spécialisées, études, médias...
- **Échange avec d'autres adjudicateurs** : expériences avec des soumissionnaires ou produits, conclusions tirées de procédures d'adjudication terminées. Étude d'anciens appels d'offres (disponibles auprès de l'adjudicateur ou sur [intelliprocure.ch](http://intelliprocure.ch), p. ex.)
- Octroi de mandats à des **cabinets d'études** spécialisés sur le marché en question (comme Gartner ou Forrester pour les TIC), ou achats de leurs analyses, ou à des **cabinets d'audit et de conseil** chevronnés.
- **Entretiens** avec des soumissionnaires potentiels, en veillant à ne pas leur fournir un avantage en matière d'information ou à le compenser ultérieurement et à ne pas formuler les exigences uniquement en fonction de soumissionnaires donnés.
- **Dialogue** (AIMP 24) : à réserver aux grands projets, car il génère une très grande charge de travail.
- **Demande de renseignements (DDR / RFI)** avec la fonction « Avis préalable » sur [simap.ch](http://simap.ch) : présentation de la situation initiale et des besoins, assortie d'un questionnaire qui permet aux entreprises intéressées de décrire leur aptitude et leur capacité à satisfaire aux exigences. Une DDR ne crée aucune obligation aux parties.

# AIMP 15 : Durée maximale du contrat

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 15.4

<sup>4</sup> Pour les contrats de durée déterminée, la valeur du marché est calculée en additionnant les rémunérations à verser sur toute la durée du contrat, y compris les rémunérations liées aux éventuelles options de prolongation. La durée de ces contrats ne peut, en règle générale, pas dépasser cinq ans. Dans les cas dûment motivés, une durée plus longue peut être prévue.

<sup>5</sup> Pour les contrats de durée indéterminée, la valeur du marché est calculée en multipliant la rémunération mensuelle par 48.

La règle applicable précédemment uniquement en droit fédéral et à l'administration cantonale s'applique désormais à tous les marchés publics : **la durée maximale des contrats est normalement de cinq ans** ; le marché doit ensuite de nouveau être mis au concours, ce qui garantit que la concurrence continue à jouer et que des soumissionnaires proposant des solutions meilleures, plus durables ou plus économiques auront la possibilité de les présenter.

Il est toutefois possible de prévoir une durée contractuelle supérieure (ou l'option de prolonger le marché) si des motifs objectifs le justifient. Il en va ainsi, p. ex., lorsque l'appel d'offres ou le changement de soumissionnaire génère une très grande charge de travail ou lorsqu'un marché implique des investissements qui s'amortissent sur une longue durée.

**Dès lors, des contrats à durée indéterminée ou à rénovation automatique ne sont plus admis**, même si l'AIMP 15.5 suggère le contraire. Reprise sans trop y réfléchir de l'AMP, cette règle ne trouvera guère à s'appliquer en raison de l'AIMP 15.4 (Comm. n° 19).



# AIMP 2019, 4<sup>e</sup> chapitre : Procédures d'adjudication



# Qu'est-ce qui ne change pas en substance dans le 4<sup>e</sup> chapitre de l'AIMP ?

- **Types de procédures** : les marchés publics continuent à se réaliser selon l'une des procédures suivantes : de gré à gré, sur invitation, sélective ou ouverte.
- **Motifs justifiant des procédures de gré à gré pour des marchés supérieurs aux valeurs seuils**, à l'exception des marchés complémentaires.
- Sur demande, l'OIO continue à délivrer un **certificat** prouvant que le soumissionnaire satisfait aux conditions de participation.

# AIMP 16 : Valeurs seuils

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 Annexe 2

## Ancienne disposition : AIMP 2001 Annexe 2

Champ d'application	Fournitures (valeurs seuils en CHF)	Services (valeurs seuils en CHF)	(va- en en œuvre	Construction (valeurs seuils en CHF) Second œuvre	Construction (valeurs seuils en CHF) Gros œuvre
Procédure de gré à gré	en dessous 150'000	de en dessous 150'000	de en dessous 150'000	de en dessous 150'000	de en dessous 300'000
Procédure sur invitation	en dessous 250'000	de en dessous 250'000	de en dessous 250'000	de en dessous 250'000	de en dessous 500'000
Procédure ouverte / sélective	dès 250'000	dès 250'000	dès 250'000	dès 250'000	dès 500'000

Champ d'application	Fournitures (valeurs-seuils en CHF)	Services (valeurs-seuils en CHF)	Construction: Second œuvre (valeurs-seuils en CHF)	Construction: Gros œuvre (valeurs-seuils en CHF)
Procédure de gré à gré	jusqu'à 100'000	jusqu'à 150'000	jusqu'à 150'000	jusqu'à 300'000
Procédure sur invitation	jusqu'à 250'000	jusqu'à 250'000	jusqu'à 250'000	jusqu'à 500'000
Procédure ouverte/sélective	dès 250'000	dès 250'000	dès 250'000	dès 500'000

S'agissant des valeurs seuils, il y a une seule nouveauté : dans les procédures sur invitation, un montant unique de 150 000 CHF hors TVA s'applique désormais tant aux **fournitures qu'aux services**. Selon l'ancien droit, ce seuil était de 100 000 CHF hors TVA pour les fournitures.

## AIMP 21.2.e : Marchés complémentaires adjugés de gré à gré (1/2)

### Nouvelle disposition : AIMP 2019 21.2.e

<sup>2</sup> L'adjudicateur peut adjuger un marché de gré à gré sans considération des valeurs seuils lorsqu'une des conditions suivantes est remplie: (...)

- e 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; (...)

### Ancienne disposition : OCMP 7.3.g

<sup>3</sup> Le marché peut aussi être passé de gré à gré dans l'une des conditions suivantes: [...]

- e pour autant que leur valeur ne dépasse pas la moitié de celle du marché initial, des prestations supplémentaires doivent être demandées en raison d'événements imprévisibles pour exécuter ou compléter un marché adjugé; (...)
- f le remplacement, la complémentation ou l'extension de prestations déjà fournies doivent être adjugés aux soumissionnaires initiaux pour assurer l'interchangeabilité avec du matériel existant ou la continuité de services déjà engagés;
- g l'adjudicateur ou l'adjudicatrice passe un nouveau marché lié à un marché de base similaire adjugé selon la procédure ouverte, sélective ou sur invitation pour autant que les documents de l'appel d'offres relatif au projet de base aient mentionné qu'il était possible de recourir à la procédure de gré à gré.

Seule une exception (AIMP 21.2.e) au lieu de trois auparavant (OCMP 7.3.e-g) peut désormais justifier des **marchés complémentaires adjugés de gré à gré supérieurs aux seuils**.

## AIMP 21.2.e : Marchés complémentaires adjugés de gré à gré (2/2)

Le nouveau droit dispose que les **marchés complémentaires de gré à gré** sont licites dès lors qu'un changement de soumissionnaire n'est pas possible ou entraînerait des difficultés importantes (AIMP 21.2.e). Cette disposition est à la fois plus stricte et plus souple que l'ancien droit :

- Dans les cas où il existe une **dépendance de fait** envers le soumissionnaire existant pour des questions relevant de la technique ou du savoir-faire, il est désormais bien plus facile de justifier les marchés complémentaires adjugés de gré à gré, puisqu'il suffit que le changement de soumissionnaire entraîne des difficultés importantes et qu'il n'est plus nécessaire qu'il soit impossible. Cette situation peut aussi être une conséquence des coûts de migration (recyclage, mise au courant, tests, etc.). Les surcoûts ne doivent plus seulement être élevés en valeurs absolues, mais aussi disproportionnés par rapport à la valeur du marché.
- Le nouveau droit supprime toutefois la possibilité de formuler une **réserve générale** en faveur de marchés complémentaires. Dès lors, l'adjudicateur devra justifier chaque marché. Il est donc recommandé de **mettre au concours et d'évaluer des marchés complémentaires prévisibles sous la forme d'option**. De la sorte, l'adjudicateur n'a pas besoin de les motiver et de les publier lorsqu'il les conclut.

Cependant, les marchés complémentaires ne peuvent toujours pas servir à **contourner le droit des marchés publics** :

- Ils doivent toujours reposer sur un marché de base conforme au droit (Comm. n° 20).
- Généralement, la valeur du marché complémentaire ne peut excéder celle du marché de base. Celui-ci doit en outre avoir été adjugé au moins en procédure sur invitation (MT, p. 57). Il est ainsi impossible de justifier, sur la base d'un premier marché de faible importance (étude, projet pilote, etc.), des marchés ultérieurs d'un montant élevé adjugés de gré à gré (mise en œuvre, déploiement général, etc.). Dans ce cas, il faut assortir la mise au concours d'une option.

# AIMP 21 et 22 : Concours et mandats d'études

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 21.2.i et 22

- i l'adjudicateur adjuge le marché complémentaire au lauréat d'un concours d'études ou d'un concours portant sur les études et la réalisation ou au lauréat d'une procédure de sélection liée à des mandats d'étude ou à des mandats portant sur les études et la réalisation; les conditions suivantes doivent être remplies:
1. la procédure précédente a été organisée dans le respect des principes du présent accord,
  2. les propositions de solutions ont été jugées par un jury indépendant,
  3. l'adjudicateur s'est réservé dans l'appel d'offres le droit d'adjuger le marché complémentaire selon une procédure de gré à gré.

## Ancienne disposition : AIMP 2001 12.3

<sup>3</sup> Les concours d'études ou les concours portant sur les études et la réalisation doivent respecter les principes du présent accord. Pour le surplus, l'organisateur peut se référer aux règles établies par les organisations professionnelles concernées.

Les dispositions relatives aux **concours portant sur les études et la réalisation ou aux mandats d'études** ne s'appliqueront plus uniquement au domaine de la construction, mais chaque fois que cela est utile pour réaliser les acquisitions prévues (MT, p. 58). Dès lors, il sera aussi possible d'adjuger des prestations informatiques ou intellectuelles par l'entremise d'un concours. L'adjudicateur peut faire référence aux règles des associations professionnelles (AIMP 22).

(Attention : le « marché complémentaire » dont il est question ici est foncièrement différent des marchés complémentaires régis par l'AIMP 21.2.e).

# AIMP 23 : Enchères électroniques

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 23

<sup>1</sup> L'adjudicateur peut recourir à une enchère électronique pour acquérir des prestations standardisées dans le cadre d'une procédure régie par le présent accord. Une enchère électronique est un processus comportant éventuellement plusieurs étapes au cours duquel les offres sont remaniées après une évaluation complète puis reclassées en utilisant des moyens électroniques. L'intention de recourir à une enchère électronique doit être mentionnée dans l'appel d'offres. (...)

<sup>4</sup> Tous les soumissionnaires admis à participer à l'enchère sont invités simultanément, par voie électronique, à présenter une nouvelle offre ou une offre modifiée. L'adjudicateur peut limiter le nombre de soumissionnaires admis, à condition d'avoir mentionné cette intention dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. (...)

Les **enchères électroniques** sont un nouvel instrument admis dans le cadre d'une procédure ouverte, sélective ou sur invitation. Elles permettent d'acquérir de façon automatisée des prestations standardisées, c'est-à-dire des biens fongibles (de qualité identique), telles que de l'électricité, de l'essence, des matières premières ou des licences pour des logiciels ainsi que des prestations dont les caractéristiques qualitatives (critères d'adjudication) – y compris des aspects tels que la livraison – sont quantifiables et ne requièrent pas d'évaluation de la part de l'adjudicateur (Comm. n° 12).

Les soumissionnaires présentent successivement des offres jusqu'à ce que l'un d'entre eux emporte le marché. Ce procédé diminue les frais de transaction, augmente la transparence et favorise l'accès au marché de soumissionnaires provenant d'autres régions (MT, p. 59). Il requiert toutefois des logiciels spécialisés. Il est possible que des fonctions de ce genre soient introduites sur simap.ch entre 2023 et 2026.

# AIMP 24 : Dialogue (1/2)

## Dans le canton de Berne : OAIMP 3 = OMP 6

<sup>1</sup> L'adjudicateur choisit si possible au moins trois soumissionnaires qu'il invite à un dialogue.

<sup>2</sup> Le déroulement du dialogue, sa durée, les délais ainsi que les questions de l'indemnisation et de l'utilisation des droits de propriété intellectuelle sont réglés dans une convention.

L'acceptation de la convention régissant le dialogue est une condition de participation au dialogue.

<sup>3</sup> Durant le dialogue avec un soumissionnaire et après l'adjudication du marché, aucune information concernant les solutions ou les procédés proposés par les autres soumissionnaires ne peut être communiquée à ce dernier sans avoir obtenu le consentement écrit des soumissionnaires concernés.

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 24.1

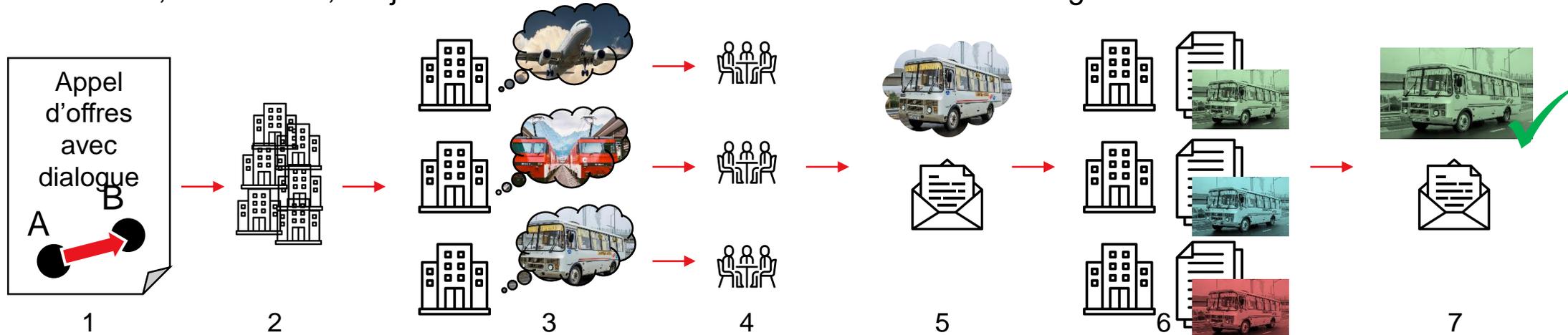
<sup>1</sup> Lors d'une procédure d'adjudication ouverte ou sélective portant sur un marché complexe, sur des prestations intellectuelles ou sur des prestations innovantes, l'adjudicateur peut engager avec les soumissionnaires un dialogue visant à concrétiser l'objet du marché ainsi qu'à développer et à fixer les solutions ou les procédés applicables. L'intention de mener un dialogue doit être mentionnée dans l'appel d'offres. (...)

Le **dialogue** est, en droit cantonal, un nouvel instrument pouvant être utilisé dans une procédure ouverte ou sélective. Il permet à l'adjudicateur, dans un échange avec les soumissionnaires, de préciser l'objet du marché ou les solutions possibles lorsqu'il veut acquérir des solutions complexes ou innovantes.

# AIMP 24 : Dialogue (2/2)

Dans une procédure ouverte, le dialogue se déroule de la manière suivante, p. ex. (l'adjudicateur peut le concevoir autrement).

1. Le dialogue est annoncé dans l'appel d'offres avec ses conditions (critères, convention et indemnité).
2. Toutes les entreprises intéressées peuvent demander de participer au dialogue.
3. L'adjudicateur choisit par voie de décision (Comm. n° 26) au moins trois soumissionnaires qu'il invite au dialogue.
4. Il mène des dialogues bilatéraux afin d'adapter les solutions proposées à ses besoins.
5. Il choisit la solution la plus appropriée et en informe les soumissionnaires.
6. Ceux-ci peuvent, dans le délai imparti, soumettre leur offre sur la base de la solution retenue.
7. Ensuite, l'évaluation, l'adjudication et la conclusion du contrat suivent les règles habituelles.



# AIMP 25 : Contrats-cadres

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 25

<sup>1</sup> L'adjudicateur peut lancer un appel d'offres portant sur des contrats qui seront conclus avec un ou plusieurs soumissionnaires et qui ont pour objet de fixer les conditions auxquelles les prestations requises seront acquises au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne le prix et, le cas échéant, les quantités envisagées. Pendant la durée d'un tel contrat-cadre, l'adjudicateur peut conclure des contrats subséquents fondés sur ce dernier. (...)

<sup>3</sup> La durée d'un contrat-cadre ne peut excéder cinq ans. Une prolongation automatique n'est pas possible. Une durée plus longue peut être prévue dans des cas dûment motivés. (...)

L'instrument des **contrats-cadres** permet à l'adjudicateur d'octroyer à un ou plusieurs soumissionnaires un marché portant sur des prestations qu'il mettra à contribution pendant un certain temps sans devoir mettre au concours un volume de prestations déterminé de manière définitive. En général, les contrats subséquents ne précisent plus que les quantités à livrer, les délais et, le cas échéant, les conditions commerciales particulières (remises).

Lorsque des contrats-cadres sont conclus avec plusieurs soumissionnaires, ils indiquent à qui il faut passer commande :

- selon le résultat de l'évaluation des offres,
- en appliquant la procédure « mini-tender » (AIMP 25.5) : chaque partenaire propose à nouveau une offre,
- en choisissant librement le soumissionnaire (procédé appliqué, mais qui, à notre connaissance, n'a jamais été examiné par un tribunal).



# AIMP 2019, 5<sup>e</sup> chapitre : Conditions d'adjudication



# Qu'est-ce qui ne change pas en substance dans le 5<sup>e</sup> chapitre de l'AIMP ?

- Les règles relatives aux **conditions de participation ainsi qu'aux critères d'adjudication et d'aptitude** ne changent en substance pas, mais certains de leurs aspects sont complétés dans l'esprit du nouveau droit.
- Les règles applicables aux **lots et aux prestations partielles ainsi qu'aux variantes** se greffent elles aussi pour l'essentiel sur les dispositions et la pratique en vigueur jusqu'ici.

# AIMP 26 : Justificatifs (1/4)

## Nouvelle disposition : AIMP 26

<sup>1</sup> Lors de la procédure d'adjudication ainsi que lors de l'exécution du marché adjugé, l'adjudicateur s'assure que les soumissionnaires et leurs sous-traitants remplissent les conditions de participation, dont en particulier le respect des exigences définies à l'article 12, qu'ils ont payé les impôts et les cotisations sociales exigibles et qu'ils ne concluent pas d'accords illicites affectant la concurrence. (...)

<sup>3</sup> Il indique dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres quelles preuves doivent être remises et à quel moment.

## Ancienne disposition : OCMP 20

<sup>1</sup> L'offre ou la demande de participation à une procédure sélective doit être étayée par des pièces prouvant que le ou la soumissionnaire respecte ses obligations envers les pouvoirs publics, les assurances sociales et son personnel (déclaration spontanée et autres pièces justificatives).

Les soumissionnaires doivent prouver qu'ils remplissent, eux-mêmes et – c'est une nouveauté – leurs sous-traitants, les conditions de participation (AIMP 12 et 26) en fournissant les **justificatifs** requis.

L'adjudicateur peut désormais prévoir que les justificatifs concernant les conditions de participation (AIMP 26.3) et les critères d'aptitude (27.3) pourront être présentés **après l'offre**. Les soumissionnaires dont l'offre n'a aucune chance d'être retenue s'épargnent ainsi des démarches laborieuses (obtenir une certification ISO pour leur entreprise, p. ex.). Les critères d'aptitude doivent être remplis au plus tard au moment où les justificatifs sont dus et au moment de l'adjudication (Comm. art. 24, n° 14).

# AIMP 26 / OAIMP 7 : Justificatifs (2/4)

## Nouvelle disposition dans le canton de Berne : OAIMP 7

<sup>1</sup> Afin de vérifier si les soumissionnaires remplissent les conditions de participation, l'adjudicateur exige dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres les justificatifs mentionnés à l'annexe 1.

<sup>2</sup> En lieu et place de ces justificatifs, les soumissionnaires peuvent fournir

- a un certificat conformément à l'alinéa 4 ou
- b des justificatifs équivalents de l'Etat étranger où leur siège est établi.

<sup>3</sup> L'adjudicateur peut demander d'autres justificatifs compte tenu du marché concret.

## Ancienne disposition : OCMP 20

<sup>1</sup> L'offre ou la demande de participation à une procédure sélective doit être étayée par des pièces prouvant que le ou la soumissionnaire respecte ses obligations envers les pouvoirs publics, les assurances sociales et son personnel (déclaration spontanée et autres pièces justificatives).

L'OAIMP règle désormais de façon uniforme, à l'annexe 1, les justificatifs à apporter en toutes circonstances.

Les adjudicateurs doivent au moins demander le formulaire cantonal de déclaration spontanée ainsi que les justificatifs. Ils peuvent joindre à l'appel d'offres, pour d'autres justificatifs qu'ils entendent demander, leur propre formulaire de déclaration spontanée.

## Annexe OAIMP : Justificatifs (3/4) (en rouge : nouvelles dispositions)

Condition de participation	Justificatif	Nouveautés
Respect de la protection des travailleurs et des conditions de travail	Attestation CCT du SIAB ou attestation de la commission paritaire ou déclaration spontanée	L'attestation du SIAB est obligatoire pour les branches qui y sont affiliées. La déclaration spontanée est suffisante pour les branches non assujetties à une CCT.
Acquittement des cotisations aux assurances sociales	Attestations de l'AVS, de la caisse de pension, de la Suva, de l'assurance indemnités journalières le cas échéant, FAR	-
Acquittement des impôts communaux, cantons et fédéraux	Attestations des autorités fiscales	-
Stabilité financière	Extrait du registre des poursuites	-
Pas de travail au noir	Déclaration spontanée, ne figure pas sur la liste des sanctions du SECO	Nouvelle condition de participation suivant AIMP 12.1.



## Annexe OAIMP : Justificatifs (4/4)

Condition de participation	Justificatif	Nouveautés
Égalité salariale entre femmes et hommes (écart non expliqué max. 5%)	Déclaration spontanée, ainsi que, suivant le cas, l'analyse de l'égalité des salaires exigée par la loi sur l'égalité ou le rapport d'un contrôle effectué par un organisme public	Les entreprises comptant plus de 100 collaborateurs, astreintes depuis 2020 à la réalisation d'une analyse de l'égalité des salaires en vertu de la loi sur l'égalité, doivent joindre les documents en question.
Respect de la législation environnementale	Déclaration spontanée	-

# AIMP 26 / OAIMP 7 et 11 : Justificatifs : certificat

## Nouvelle disposition dans le canton de Berne : OAIMP 7 et 11

**Art. 7** <sup>4</sup> Les soumissionnaires peuvent demander au Bureau central de coordination des achats (BCCA) d'établir un certificat attestant qu'ils ont fourni les justificatifs requis à l'annexe 1. Ces justificatifs doivent être remis, et le certificat doit être établi, sous forme numérique. Il est valable jusqu'à la limite de validité de l'un des justificatifs conformément à l'annexe 1.

**Art. 11** <sup>2</sup> L'adjudicateur peut prévoir dans l'appel d'offres ou dans l'invitation (...) *b* que pour les sous-traitants, les justificatifs prévus à l'article 7 soient fournis sous la forme du certificat au sens de l'article 7, alinéa 4.

## Ancienne disposition : OCMP 20

<sup>2</sup> Les soumissionnaires peuvent demander à l'Office d'informatique et d'organisation (OIO) d'établir un certificat attestant qu'ils ou elles ont fourni les pièces justificatives les plus courantes au sens de l'alinéa 1. Ce certificat remplace ces dernières.

<sup>3</sup> Les pièces justificatives ne doivent pas avoir été établies depuis plus d'un an. La validité du certificat expire une année après la remise de la plus ancienne des pièces justificatives.

Il est toujours possible de présenter un certificat du BCCA en lieu et place de la déclaration spontanée et des justificatifs. Ce certificat peut être commandé pour le prix de 150 francs sur [www.be.ch/marchespublics](http://www.be.ch/marchespublics). Il ne peut être commandé que par voie électronique et est uniquement établi au format numérique.

L'adjudicateur peut désormais demander que les justificatifs concernant les sous-traitants soient fournis sous la forme du certificat, ce qui lui évite, pour les gros marchés (mandats d'entreprise générale ou totale, p. ex.) de devoir examiner un grand nombre de justificatifs. Dès lors, les soumissionnaires qui proposent de telles prestations doivent veiller à ce que leurs sous-traitants disposent du certificat.

# AIMP 27.4 : Références de l'administration publique

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 27

(...)

<sup>4</sup> Il [l'adjudicateur] ne peut poser comme condition que les soumissionnaires aient déjà obtenu un ou plusieurs marchés publics d'un adjudicateur soumis au présent accord.

Le nouveau droit n'admet plus comme critère d'aptitude le fait d'exiger comme **références uniquement des marchés passés avec un organisme public** (y compris l'administration fédérale). Les références restent un critère d'aptitude admis, mais l'adjudicateur doit admettre tant des contrats conclus avec des acteurs du secteur privé que des marchés passés avec des adjudicateurs publics. De la sorte, le nouveau droit interdit aussi des critères obligatoires tels que l'« expérience de la collaboration avec l'administration publique » (Comm. n° 20).

Il s'agit ainsi d'empêcher que se nouent des liens de plusieurs années entre adjudicateurs et soumissionnaires tout en garantissant la transparence, la non-discrimination et l'accès au marché (MT p. 67).

# AIMP 29 : Critères d'adjudication

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 29.1

<sup>1</sup> L'adjudicateur évalue les offres sur la base de critères d'adjudication en lien avec les prestations. Outre le prix et la qualité de la prestation, il peut notamment prendre en considération des critères tels que l'adéquation, les délais, la valeur technique, la rentabilité, les coûts du cycle de vie, l'esthétique, le développement durable, la plausibilité de l'offre, la créativité, le service après-vente, les conditions de livraison, l'infrastructure, le caractère innovant, la fonctionnalité, le service à la clientèle, les compétences techniques et l'efficacité de la méthode.

## Ancienne disposition : OCMP 30.3

<sup>3</sup> Les critères suivants peuvent en particulier être pris en considération: la qualité, le prix, les délais, l'écologie, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, la pertinence de la prestation, la valeur technique, l'esthétique, la créativité, l'infrastructure. Les critères d'aptitude doivent être spécifiques au marché concerné et, si nécessaire, précisés.

L'AIMP 29.1 présente les **critères d'adjudication possibles** de façon un peu plus détaillée. Néanmoins, tous ces critères restent facultatifs (à l'exception du prix) et l'énumération n'est pas exhaustive. Autrement dit, il incombe toujours à l'adjudicateur de définir des critères appropriés en fonction du marché concret.

Il est important que les critères d'adjudication soient **définis en fonction de la prestation à fournir**, c'est-à-dire en fonction de but que l'adjudicateur poursuit en passant le marché. Les seules exceptions sont les critères « étrangers au marché » prévus par la loi : le développement durable (AIMP 29.1) et les critères sociopolitiques (AIMP 29.2).

# AIMP 29 / LAIMP 7 : Prise en compte des PME

## Dans le canton de Berne : LAIMP 7

<sup>1</sup> Les adjudicateurs tiennent compte des besoins et des capacités des petites et moyennes entreprises de manière appropriée.

<sup>2</sup> Ils observent ce faisant les principes généraux du droit constitutionnel et du droit international, ainsi que de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI).

Ni l'AIMP ni le droit bernois n'ont repris la « **clause des niveaux de prix** » (LMP 2019 29.1) visant à renforcer la position des PME dans les marchés publics. En lieu et place, l'adjudicateur doit, pour faire droit aux demandes des PME, tenir compte de leur situation particulière en adoptant des mesures appropriées, sans enfreindre les normes du droit des marchés publics ni le droit supérieur.

Parmi ces mesures, citons la subdivision en lots, l'admission des communautés de soumissionnaires et des sous-traitants, la définition de critères d'aptitude appropriés et la prise en compte des critères du développement durable et de l'innovation (R LAIMP p. 14).

L'article LAIMP 7.2 indique clairement que ces mesures ne doivent pas enfreindre le droit supérieur, par exemple en désavantageant les soumissionnaires d'autres cantons (ce que la LMI interdit) ou, dans le cadre des marchés soumis aux accords internationaux, les soumissionnaires d'autres pays ayant adhéré à l'AMP (ce que l'AMP interdit).

# AIMP 29 : Critères d'adjudication : offres particulièrement avantageuses

## Nouvelle disposition : AIMP 2019, 29.1 et 38.3

**Art. 29** <sup>1</sup> L'adjudicateur évalue les offres sur la base de critères d'adjudication en lien avec les prestations. Outre le prix et la qualité de la prestation, il peut notamment prendre en considération des critères tels que l'adéquation, les délais, la valeur technique, la rentabilité, les coûts du cycle de vie, l'esthétique, le développement durable, la plausibilité de l'offre, la créativité, le service après-vente, les conditions de livraison, l'infrastructure, le caractère innovant, la fonctionnalité, le service à la clientèle, les compétences techniques et l'efficacité de la méthode. (...)

**Art. 38** <sup>3</sup> L'adjudicateur qui reçoit une offre dont le prix est anormalement bas par rapport aux prix des autres offres doit demander les renseignements utiles au soumissionnaire afin de s'assurer que les conditions de participation sont remplies et que les autres exigences de l'appel d'offres ont été comprises.

Le nouveau droit permet toujours aux soumissionnaires de présenter des **offres à des prix inférieurs aux coûts**, pour des raisons de tactiques commerciales, p. ex. Toutefois, étant donné que ces offres présentent des risques accrus en termes de qualité et d'exigences supplémentaires, il prévoit des méthodes susceptibles de les écarter :

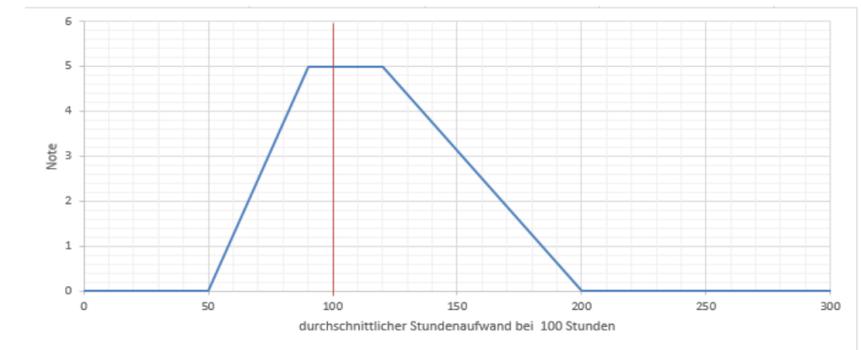
- En vertu de l'AIMP 38.3, l'adjudicateur procède à un **examen spécial** des offres dont le prix est anormalement bas.
- Il peut **exclure** un soumissionnaire lorsque son offre ne donne aucune garantie que le marché sera exécuté conformément au contrat (AIMP 44.2.c).
- L'AIMP 29.1 prévoit comme critère facultatif celui de la « **plausibilité de l'offre** ».
- Il ne reprend toutefois pas le critère de la « **fiabilité du prix** » (LMP 29).

# AIMP 29 : Critères d'adjudication : plausibilité de l'offre

Attention : le critère de la « plausibilité de l'offre » ne permet pas d'attribuer une moins bonne note à une offre pour la simple raison qu'elle est « trop » avantageuse. En effet, le **principe de l'économicité** reste valable. Le critère de la plausibilité de l'offre ne peut justifier une qualification inférieure que lorsqu'il est probable que la solution proposée ne peut pas être mise en œuvre et que le risque d'une augmentation des coûts ou d'autres difficultés est dès lors présent (MT, p. 69). Les méthodes possibles sont la comparaison avec d'autres marchés semblables, passés ou présents, ou avec une estimation des coûts fiable déjà effectuée par l'adjudicateur. Celui-ci devrait demander des explications avant de retrancher des points.

La méthode d'application du critère de la plausibilité de l'offre recommandée par la KBOB prévoit de pénaliser tout écart de la moyenne des prix ou des coûts en diminuant les points attribués à l'offre (voir graphique ci-dessous). **À notre avis, cette méthode n'est pas admise en droit bernois :**

- Pris isolément, le prix ne permet pas de déduire la plausibilité de l'offre.
- La méthode enfreint l'AIMP 2.d (efficacité de la concurrence). Elle contraint dans les faits les soumissionnaires à se mettre d'accord sur les prix s'ils ne veulent pas risquer une pénalisation, ce qui restreint la concurrence. Or, l'AIMP entend précisément prévenir les ententes sur les prix (voir AIMP 11, etc.).
- Elle enfreint aussi l'AIMP 2.a (économicité), car elle permet de moins bien noter des offres plus avantageuses que des offres plus chères.



*Méthode illicite de la KBOB 2021, annexe 2, p. 11.*

# AIMP 29.2 : Critères sociopolitiques

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 29.2

<sup>2</sup> Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, l'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.

## Ancienne disposition : OCMP 16.2

<sup>2</sup> L'aptitude d'un ou d'une soumissionnaire peut se mesurer entre autres à sa capacité à remplir son contrat sur les plans professionnel, technique, organisationnel ou économique. Des prestations particulières en matière de formation professionnelle ou de promotion de l'égalité entre hommes et femmes peuvent être prises en compte. Les critères d'aptitude doivent être spécifiques au marché concerné et, si nécessaire, précisés.

En vertu du nouveau droit, l'adjudicateur peut tenir compte des aspects sociopolitiques énoncés dans l'AIMP 29.2 en tant que critère d'adjudication (et plus comme critère d'aptitude, OCMP 16.2). Cette possibilité se restreint aux marchés qui **n'atteignent pas les valeurs-seuils applicables aux marchés soumis aux accords internationaux** (AIMP, annexe 1), car les soumissionnaires étrangers ne peuvent généralement pas satisfaire à ce critère (MT p. 70).

Puisque ces critères ne découlent pas du droit des marchés publics, c'est-à-dire qu'ils ne se rapportent pas à la prestation (AIMP 29.1), leur pondération est limitée à 10 % (Comm. n° 31). Pour les places d'apprentissage, c'est leur proportion par rapport aux autres postes de travail qui est déterminante, pas leur nombre absolu (op. cit.). À défaut de bases légales, **d'autres critères sociopolitiques**, comme le salaire des employés, sont **inadmissibles**.

# AIMP 30 : Spécifications techniques

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 30

<sup>1</sup> L'adjudicateur fixe les spécifications techniques nécessaires dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Celles-ci définissent les caractéristiques de l'objet du marché, telles que sa fonction, ses performances, sa qualité, sa sécurité, ses dimensions ou les procédés de production et fixent les exigences relatives au marquage ou à l'emballage.

<sup>2</sup> Dans la mesure où cela est possible et approprié, l'adjudicateur fixe les spécifications techniques en se fondant sur des normes internationales ou, à défaut, sur des prescriptions techniques appliquées en Suisse, des normes nationales reconnues ou les recommandations de la branche. (...)

<sup>4</sup> L'adjudicateur peut prévoir des spécifications techniques permettant de préserver les ressources naturelles ou de protéger l'environnement.

L'AIMP prévoit désormais, en sus des critères d'aptitude et d'adjudication, la nouvelle catégorie des **spécifications techniques**, déjà utilisée dans la pratique. Il s'agit d'exigences auxquelles la prestation doit obligatoirement satisfaire, comme par exemple les contrats ou les conditions générales prescrits par l'adjudicateur.

Comme il le fait pour les critères d'adjudication, l'AIMP introduit la possibilité de définir des spécifications techniques de nature écologique (consommation maximale d'énergie, émissions maximales de CO<sub>2</sub>, labels de durabilité, etc.). Pour des idées en la matière, voir la plateforme de connaissances sur les achats publics responsables de la Confédération (PAP, [woeb.swiss](http://woeb.swiss)).

# OOMP 6a : Durabilité

## Dans le canton de Berne : OOMP 6a

- <sup>1</sup> Les services d'achat [de l'administration cantonale] veillent au caractère durable des prestations achetées.
- <sup>2</sup> Ils prévoient à cette fin des critères correspondants ou des spécifications techniques, pour autant que cela n'implique pas une restriction excessive de la concurrence.
- <sup>3</sup> Ils tiennent compte dans le prix, lorsque c'est possible, de tous les coûts pour la durée d'utilisation prévue de la prestation.

Le nouvel article 6a OOMP donne l'obligation à l'administration cantonale de prévoir si possible des **critères de durabilité**. L'administration cantonale ne peut s'y soustraire que s'il n'existe pas de critères de durabilité judicieux pour le marché en question ou s'ils empêchent une concurrence efficace (parce qu'il n'y a qu'un soumissionnaire qui satisfait à ces critères, p. ex.). L'aspect économique de la durabilité oblige l'adjudicateur à tenir compte des coûts sur tout le cycle de vie d'une prestation, c'est-à-dire y compris l'entretien, le service, les pièces détachées et l'élimination.

Pour les centrales d'achat cantonales, cette obligation est précisée dans la Politique des achats centralisés du Conseil-exécutif (ACE 461/2018).

Étant donné que la définition des critères incombe aux adjudicateurs, le Conseil-exécutif n'a pas l'intention d'assujettir les communes et les adjudicateurs indépendants (tels qu'hôpitaux et universités) à ces lignes directrices. Il leur recommande cependant d'**approuver des directives analogues**.

# ConstC 31a (Protection du climat)

## Dans le canton de Berne : ConstC 31a (approuvé en votation populaire le 26.09.2021)

- <sup>1</sup> Le canton et les communes s'engagent activement à circonscrire le changement climatique et ses effets néfastes.
- <sup>2</sup> Ils font le nécessaire dans le cadre de leurs attributions pour atteindre la neutralité climatique d'ici à 2050 et renforcent la capacité d'adaptation aux effets néfastes du changement climatique. [...]
- <sup>4</sup> Le canton et les communes orientent dans l'ensemble les flux financiers publics vers un développement neutre du point de vue climatique et résilient au changement climatique.

Le nouvel **article climatique de la Constitution cantonale** donne pour mission au canton et aux communes de se mobiliser pour circonscrire le changement climatique dans leurs domaines de compétence respectif. Le but est d'atteindre la neutralité climatique d'ici à 2050. À cette fin, il faut surtout diminuer fortement le recours aux énergies fossiles, comme le pétrole ou le gaz naturel (Message du Grand Conseil aux électeurs, p. 7).

Nous estimons que ce mandat constitutionnel doit **aussi être appliqué aux marchés publics passés** par le canton et les communes. En d'autres termes, même dans la mesure où l'article 6a OOMP ne s'applique pas, les adjudicateurs ne peuvent pas passer de marchés en contradiction avec l'obligation constitutionnelle de protéger le climat. En particulier, ils doivent s'assurer, dans les limites des possibilités techniques et économiques, de n'acquiescer aucune prestation dommageable pour le climat, en achetant par exemple des véhicules électriques plutôt que des automobiles à essence.

# AIMP 31 : Communautés de soumissionnaires et sous-traitants

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 31

- <sup>1</sup> La participation de communautés de soumissionnaires et le recours à des sous-traitants sont admis, à moins que l'adjudicateur ne limite ou n'exclue ces possibilités dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.
- <sup>2</sup> La participation multiple de sous-traitants ou la participation multiple de soumissionnaires à des communautés de soumissionnaires ne sont possibles que si elles sont expressément admises dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.
- <sup>3</sup> La prestation caractéristique doit en principe être fournie par le soumissionnaire.

## Ancienne disposition : LCMP 9.1

- <sup>1</sup> L'adjudicataire doit donner des précisions à l'adjudicateur ou l'adjudicatrice sur la nature et l'importance des travaux qui doivent être sous-traités, ainsi que lui communiquer le nom et le siège des entrepreneurs participant à l'exécution du mandat.

Pour favoriser la concurrence et encourager la participation des PME, le nouveau droit autorise les **communautés de soumissionnaires et les sous-traitants** (pour la notion, voir ci-dessus AIMP 12). Ces figures peuvent être exclues pour divers motifs : frais de coordination élevés, renchérissement du mandat en raison de frais de transaction élevés entre participants (surtout pour les petits marchés) ou concurrence insuffisante du fait du petit nombre de soumissionnaires appropriés (Comm. n° 28 s.). Toutefois, ces exclusions devraient être le moins fréquentes possible dans l'intérêt des PME (voir LAIMP 7).

L'adjudicataire doit exécuter lui-même la **partie principale du marché** et ne peut pas la déléguer à des sous-traitants afin d'éviter l'intervention d'intermédiaires inutiles. Des exceptions sont possibles pour les groupes d'entreprises, les contrats mixtes, les contrats d'EG ou d'ET ou lorsque la concurrence est insuffisante (Comm. n° 40 s).

# OAIMP 11 : Désignation des sous-traitants

## Nouvelle disposition dans le canton de Berne : OAIMP 11

<sup>1</sup> Le soumissionnaire doit désigner dans son offre ses sous-traitants éventuels.

<sup>2</sup> L'adjudicateur peut prévoir dans l'appel d'offres ou dans l'invitation

- a que le soumissionnaire puisse désigner plus tard ses sous-traitants ou
- b que pour les sous-traitants, les justificatifs prévus à l'article 7 soient fournis sous la forme du certificat au sens de l'article 7, alinéa 4.

## Ancienne disposition : LCMP 9.1

<sup>1</sup> L'adjudicataire doit donner des précisions à l'adjudicateur ou l'adjudicatrice sur la nature et l'importance des travaux qui doivent être sous-traités, ainsi que lui communiquer le nom et le siège des entrepreneurs participant à l'exécution du mandat.

Puisque des justificatifs doivent désormais être fournis aussi pour les sous-traitants (AIMP 26), le soumissionnaire doit les mentionner dans l'offre.

L'adjudicateur peut toutefois autoriser les soumissionnaires à désigner ultérieurement les sous-traitants (mandats d'entreprise générale ou totale, car leurs sous-traitants ne sont généralement pas connus au moment de l'adjudication). Dans ce cas, l'adjudicataire doit présenter les justificatifs dans le délai imparti par l'adjudicateur, mais au plus tard avant le début des travaux. Si les justificatifs ne sont pas satisfaisants, l'adjudicataire doit changer de sous-traitants, faute de quoi l'adjudication doit être révoquée.

# AIMP 34.2 / AMP 3 : Offres remises par voie électronique

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 34.2

Anc.  
Disp. : -

**AIMP 34** <sup>2</sup> Elles [offres et demandes de participation] peuvent être remises par voie électronique lorsque cette possibilité est prévue dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres et que les exigences fixées par l'adjudicateur sont respectées.

**AMP IV:3** Lorsqu'elle procédera à la passation de marchés couverts par voie électronique, une entité contractante:

- a) fera en sorte que le marché soit passé à l'aide de systèmes et programmes informatiques, y compris ceux qui ont trait à l'authentification et au cryptage de l'information, qui sont généralement disponibles et interopérables avec d'autres systèmes et programmes informatiques généralement disponibles, et
- b) mettra et maintiendra en place des mécanismes qui assurent l'intégrité des demandes de participation et des soumissions, y compris la détermination du moment de la réception et la prévention d'un accès inapproprié.

Le nouveau droit prévoit que l'adjudicateur peut (et devrait) autoriser la remise des **offres par voie électronique**. S'il ne l'indique pas dans l'appel d'offres, les offres doivent toujours être remises par écrit (Comm. n° 33). Il peut non seulement autoriser, mais aussi rendre obligatoire la remise par voie électronique (Comm. n° 34), ce qui est souvent recommandable afin de garantir l'uniformité de l'évaluation.

Loi spéciale, l'AIMP 34.1 prime la règle générale LPJA 32.2, qui veut que les écrits doivent porter une signature manuscrite (R LAIMP, p. 8).

# Offres remises par voie électronique : forme et méthode

L'adjudicateur doit définir les **modalités des offres remises par voie électronique** en respectant l'AMP IV:3. Il devra passer le marché à l'aide de systèmes généralement disponibles et propres à assurer **l'authenticité, la confidentialité et l'intégrité** des offres.

## Logiciels appropriés :

- Des courriels ne sont pas suffisants à eux seuls.
- À partir de 2023, simap.ch proposera des fonctionnalités de remise électronique des offres. Voir le site Internet du projet [www.kissimap.ch](http://www.kissimap.ch).
- D'ici cette date, le BCCA met une solution provisoire cantonale à l'étude. Nous vous en informerons dans les infolettres publiées sur [www.be.ch/marchespublics](http://www.be.ch/marchespublics).
- En outre, le marché propose déjà divers programmes de gestion numérique des achats, qui peuvent continuer à être utilisés, à condition que les adjudicateurs s'assurent qu'ils satisfont aux prescriptions applicables à la sécurité et à la protection des données et aux exigences de l'article IV:3 AMP.

 KISSimap.ch

Nouvelles

Encore

**355 jours**

jusqu'au lancement de la nouvelle plateforme  
d'appels d'offres pour les marchés publics  
en Suisse [simap.ch](http://simap.ch)



---

# Pause

## 15 minutes





# AIMP 2019, 6<sup>e</sup> chapitre : Déroulement de la procédure d'adjudication

# Qu'est-ce qui ne change pas en substance dans le 6<sup>e</sup> chapitre de l'AIMP ?

- Le **déroulement de la procédure** reste le même, notamment en ce qui concerne
  - L'ouverture des offres
  - L'examen et l'évaluation des offres
  - L'interdiction de négociation portant sur les prix
  - L'adjudication à l'offre présentant le meilleur rapport prix-qualité (c'est-à-dire l'offre ayant le total de points le plus élevé pour le prix et la qualité)
  - La conclusion du contrat une fois que l'adjudication a force de chose jugée
  - La possibilité d'interrompre la procédure pour des motifs objectifs

# AIMP 35 : Contenu de l'appel d'offres (1/3)

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 35

<sup>1</sup> L'appel d'offres contient au minimum les indications suivantes:

a le nom et l'adresse de l'adjudicateur;

b le genre de marché, le type de procédure, le code CPV correspondant et en outre, pour les services, le code CPC correspondant;

c la description des prestations, y compris la nature et la quantité ou, dans les cas où la quantité n'est pas connue, la quantité estimée, ainsi que les éventuelles options;

d le lieu et le délai d'exécution de la prestation;

e le cas échéant, la division en lots, la limitation du nombre de lots et la possibilité de présenter des offres partielles;

f le cas échéant, la limitation ou l'exclusion de la participation des communautés de soumissionnaires et du recours à des sous-traitants;

g le cas échéant, la limitation ou l'exclusion des variantes;

h pour les prestations nécessaires périodiquement, si possible le délai de publication du prochain appel d'offres et, le cas échéant, l'indication concernant la réduction du délai de remise des offres;

i le cas échéant, l'indication selon laquelle il y aura une enchère électronique;

j le cas échéant, l'intention de mener un dialogue;

Les **informations soulignées ci-dessus doivent désormais figurer dans l'appel d'offres** (et pas seulement dans les documents) ; elles n'étaient pas obligatoires sous l'ancien droit (OCMP 10).

# AIMP 35 : Contenu de l'appel d'offres (2/3)

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 35

k le délai de remise des offres ou des demandes de participation;  
l les exigences de forme applicables à la remise des offres ou des demandes de participation, le cas échéant l'indication selon laquelle la prestation et le prix doivent être proposés dans deux enveloppes distinctes;  
m la ou les langues de la procédure et des offres;  
n les critères d'aptitude et les preuves requises;  
o le cas échéant, le nombre maximal de soumissionnaires qui, dans le cadre d'une procédure sélective, seront invités à présenter une offre;

Selon le nouveau droit, l'adjudicateur peut obliger les soumissionnaires à présenter la prestation et le prix dans deux enveloppes distinctes (ou deux documents numériques distincts [**méthode des deux enveloppes**], lit. l). Dans ce cas, il ouvre en premier l'enveloppe contenant l'offre et l'évalue. Ce n'est qu'ensuite qu'il fait de même avec l'enveloppe contenant le prix (AIMP 38). Le but de cette disposition est d'éviter que l'adjudicateur se laisse influencer, consciemment ou non, par le prix lorsqu'il évalue la qualité et de garantir ainsi une concurrence axée sur la qualité (Comm. n° 498).

La langue de la procédure et de l'offre est déterminée par l'OAIMP (cf. plus bas).

# AIMP 35 : Contenu de l'appel d'offres (3/3)

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 35

- p les critères d'adjudication et leur pondération, lorsque ces indications ne figurent pas dans les documents d'appel d'offres;
- q le cas échéant, le droit réservé d'adjuger des prestations partielles;
- r la durée de validité des offres;
- s l'adresse à laquelle les documents d'appel d'offres peuvent être obtenus et, le cas échéant, un émolument couvrant les frais;
- t l'indication que le marché est ou non soumis aux accords internationaux;
- u le cas échéant, les soumissionnaires préimpliqués et admis à la procédure;
- v les voies de droit.

*Remarque* : l'accord est contradictoire : selon l'AIMP 35.1.s, un « émolument couvrant les frais » est admis, alors que, en vertu de l'AIMP 48.2, les documents d'appel d'offres doivent être gratuits. La documentation porte à croire que l'AIMP 35.1.s l'emporte (BO 2019 N 1209 s., intervention Pardini). En revanche, les émoluments dits de protection (soit des émoluments censés décourager les soumissionnaires peu sérieux) sont désormais interdits (OCMP 10.1.h).

# OAIMP 17 et 19 : langues

## Nouvelle disposition dans le canton de Berne : OAIMP 19

- <sup>1</sup> L'offre ou la demande de participation à une procédure sélective doit être rédigée dans la langue de la procédure.
- <sup>2</sup> Les annexes peuvent être fournies en allemand, en français ou en anglais. Les justificatifs peuvent être remis en allemand, en français, en italien ou en anglais.
- <sup>3</sup> L'invitation ou l'appel d'offres peut prévoir une réglementation différente pour la langue de l'offre ou des annexes.

## Ancienne disposition : OCMP 21

L'offre ou la demande de participation à une procédure sélective doit être rédigée dans la langue de la procédure d'adjudication.

L'OAIMP reprend pour l'essentiel la réglementation de l'OCMP applicable aux langues : la langue de la procédure, de l'appel d'offres et de l'offre est la langue de l'arrondissement administratif en question (français ou allemand). Pour les contrats suprarégionaux ou ceux de l'arrondissement administratif de Bienne, l'adjudicateur choisit la langue de la procédure. Un résumé du texte de l'appel d'offres doit être traduit dans l'autre langue (AIMP 48.4), sauf à Bienne, où tout le texte doit être traduit.

Le nouveau droit permet à l'adjudicateur d'admettre d'autres langues et l'oblige à accepter les annexes et les justificatifs dans plusieurs langues. Cette disposition facilite l'accès aux marchés des soumissionnaires provenant d'autres régions linguistiques et permet, pour les prestations, de présenter des justificatifs (comme des certificats) en anglais.

# AIMP 36 : Contenu des documents d'appel d'offres (1/2)

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 36

<sup>1</sup> Les documents d'appel d'offres contiennent les indications suivantes, à moins que celles-ci ne figurent déjà dans l'appel d'offres:

a le nom et l'adresse de l'adjudicateur;

b l'objet du marché, y compris les spécifications techniques et les attestations de conformité, les plans, les dessins et les instructions nécessaires ainsi que les indications relatives aux quantités exigées;

c les exigences de forme, les conditions de participation à la procédure d'adjudication, y compris la liste des informations et des documents que les soumissionnaires doivent fournir en relation avec ces conditions, et l'éventuelle pondération des critères d'aptitude;

d les critères d'adjudication et leur pondération;

**Les informations soulignées ci-dessus doivent désormais figurer dans les documents d'appel d'offres ; elles n'étaient pas obligatoires sous l'ancien droit (OCMP 10).**

# AIMP 36 : Contenu des documents d'appel d'offres (2/2)

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 36

- <sup>1</sup> Les documents d'appel d'offres contiennent les indications suivantes, à moins que celles-ci ne figurent déjà dans l'appel d'offres: (...)
- e lorsque l'adjudicateur passe le marché par voie électronique, les éventuelles exigences relatives à l'authentification et au cryptage des renseignements communiqués par voie électronique;
  - f lorsque l'adjudicateur prévoit une enchère électronique, les règles applicables à cette dernière, y compris les éléments de l'offre qui pourront être modifiés et qui seront évalués sur la base des critères d'adjudication;
  - g la date, l'heure et le lieu d'ouverture des offres, en cas d'ouverture publique des offres;
  - h toutes les autres modalités et conditions nécessaires à l'établissement des offres, en particulier la monnaie dans laquelle celles-ci doivent être présentées (en règle générale le franc suisse);
  - i les délais d'exécution des prestations.

En vertu du nouveau droit, des informations sur l'ouverture des offres ne doivent être fournies que lorsque celle-ci est publique, une décision qui relève de la compétence de l'adjudicateur. Nous le déconseillons, afin de ne pas favoriser les ententes (Comm. art. 37, n° 8). L'ancien droit ne prévoyait pas d'ouverture publique des offres.

# OAIMP 9 : Questions sur les documents d'appel d'offres

## Dans le canton de Berne : OAIMP 9 = OMP 8

<sup>1</sup> L'adjudicateur peut fixer dans les documents d'appel d'offres la date jusqu'à laquelle il accepte de recevoir des questions.

<sup>2</sup> Il anonymise toutes les questions portant sur les documents d'appel d'offres et les met simultanément à la disposition de tous les soumissionnaires avec les réponses correspondantes dans les jours ouvrables qui suivent l'expiration du délai de remise des questions.

Déjà habituelle aujourd'hui, la phase de questions et réponses est désormais régie par l'OAIMP 9.

En règle générale, l'adjudicateur doit répondre aux soumissionnaires dans un délai de cinq à sept jours ouvrables à compter de l'échéance du délai de remise des questions. Pour éviter de raccourcir le temps imparti, il convient de toujours répondre aux questions des soumissionnaires aussi vite que possible et de clore rapidement la phase de questions et réponses (R OAIMP, p. 12 s). Si nécessaire, l'adjudicateur peut réaliser plusieurs phases de questions et réponses.

La plateforme internet [simap.ch](http://simap.ch) offre un forum pour les échanges de questions-réponses.

# AIMP 37 : Ouverture des offres et procès-verbal d'ouverture

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 37

<sup>2</sup> Un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres. Il doit mentionner au minimum les noms des personnes présentes, les noms des soumissionnaires, la date de remise des offres, les éventuelles variantes ainsi que le prix total de chaque offre.

<sup>3</sup> Lorsque la prestation et le prix doivent être proposés dans deux enveloppes distinctes, l'ouverture des enveloppes est régie par les alinéas 1 et 2, mais seuls les prix totaux devront être indiqués dans le procès-verbal d'ouverture des secondes enveloppes.

<sup>4</sup> Le procès-verbal est rendu accessible sur demande à tous les soumissionnaires au plus tard après l'adjudication.

## Ancienne disposition : OCMP 23

<sup>3</sup> Un procès-verbal d'ouverture des offres est établi qui contient au moins les renseignements suivants:

- a le nom des personnes présentes,
- b le nom des soumissionnaires,
- c les dates de réception,
- d le prix des offres, le cas échéant des variantes ou des offres partielles.

<sup>4</sup> Les soumissionnaires peuvent, sur demande, consulter le procès-verbal d'ouverture anonymisé.

Le droit prévoit désormais que le procès-verbal d'ouverture non anonymisé doit être mis à la disposition des soumissionnaires au plus tard après l'adjudication (plutôt qu'anonymisé avant l'adjudication, comme le voulait l'ancien droit). Le Comm. (n° 14) déconseille de donner accès au procès-verbal plus tôt, car celui-ci contient des prix non vérifiés et non corrigés, ce qui pourrait susciter de fausses attentes et amener des soumissionnaires à manipuler les prix. Nous estimons qu'il vaut toujours la peine de fournir des renseignements anonymes avant l'adjudication afin que les soumissionnaires déboutés puissent orienter leurs efforts sur d'autres tâches.

# AIMP 38 : Examen des offres

## Nouvelle disposition : AIMP 2019, 38.3 et 38.4

<sup>3</sup> L'adjudicateur qui reçoit une offre dont le prix est anormalement bas par rapport aux prix des autres offres doit demander les renseignements utiles au soumissionnaire afin de s'assurer que les conditions de participation sont remplies et que les autres exigences de l'appel d'offres ont été comprises.

<sup>4</sup> Lorsque la prestation et le prix doivent être proposés dans deux enveloppes distinctes, l'adjudicateur établit dans un premier temps la liste des meilleures offres du point de vue qualitatif. Dans un second temps, il évalue les prix totaux.

Le nouveau droit oblige l'adjudicateur qui reçoit une **offre dont le prix est anormalement bas** de demander des renseignements au soumissionnaire pour s'assurer que les conditions de participation sont remplies et que les exigences de l'appel d'offres ont été comprises. Si ce soumissionnaire ne peut garantir le respect des conditions de participation, ou le garantir de manière convaincante, ni balayer les doutes éventuels quant à l'exécution correcte du marché, son offre peut être exclue (AIMP 44.2.c). Il en va de même lorsque certains prix individuels sont anormalement bas alors que d'autres prix individuels sont anormalement élevés, ce qui expose les pouvoirs publics à un risque considérable (MT p. 78, Comm. n° 521). Des offres anormalement basses ou élevées sans que ces écarts soient compréhensibles même après les explications du soumissionnaire peuvent aussi être moins bien évaluées sur la base du critère de la plausibilité des offres, s'il est retenu dans l'appel d'offres.

Avec la méthode des deux enveloppes, l'adjudicateur ouvre en premier l'enveloppe contenant l'offre et l'évalue. Ce n'est qu'ensuite qu'il fait de même avec l'enveloppe contenant le prix (MT, p. 78).

# AIMP 39 : Rectification des offres

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 39

- <sup>1</sup> En vue de déterminer l'offre la plus avantageuse, l'adjudicateur peut, en collaboration avec les soumissionnaires, rectifier les offres en ce qui concerne les prestations et les modalités de leur exécution.
- <sup>2</sup> Une rectification n'est effectuée que:
  - a si elle est indispensable pour clarifier l'objet du marché ou les offres ou pour rendre les offres objectivement comparables sur la base des critères d'adjudication, ou
  - b si des modifications des prestations sont objectivement et matériellement nécessaires; dans ce cas, l'objet du marché, les critères et les spécifications ne peuvent cependant être adaptés de manière telle que la prestation caractéristique ou le cercle des soumissionnaires potentiels s'en trouvent modifiés.
- <sup>3</sup> Une adaptation des prix ne peut être demandée que dans le cadre d'une rectification effectuée pour l'une des raisons mentionnées à l'alinéa 2.
- <sup>4</sup> L'adjudicateur consigne dans des procès-verbaux les résultats de la rectification des offres.

L'interdiction de négociation et le principe d'inaltérabilité des offres sont relativisés par la possibilité, déjà courante dans la pratique, de **rectifier les offres**. Il est possible de rectifier ou de modifier les offres après leur ouverture si cela est nécessaire pour pouvoir les comparer ou parce que les prestations ont été modifiées. À ces conditions, il est aussi permis de modifier les prix. Toutefois, des négociations portant uniquement sur les prix restent interdites (AIMP 11.d). En outre, l'adjudicateur doit recenser tous les contacts avec les soumissionnaires (MT p. 79 s).

# AIMP 40 : Évaluation des offres

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 40

<sup>1</sup> Si les critères d'aptitude sont remplis et les spécifications techniques respectées, les offres sont examinées et évaluées sur la base des critères d'adjudication de manière objective, uniforme et traçable. L'adjudicateur établit un rapport sur l'évaluation.

<sup>2</sup> Lorsque l'examen et l'évaluation approfondis des offres exigent des moyens considérables et à condition de l'avoir annoncé dans l'appel d'offres, l'adjudicateur peut soumettre toutes les offres à un premier examen sur la base des documents remis et les classer. Il choisit ensuite si possible les trois offres les mieux classées et les soumet à un examen et à une évaluation détaillés.

Lorsqu'il s'agit d'un marché complexe, l'examen des offres peut prendre beaucoup de temps (s'il faut réaliser des tests ou des projets pilotes, p. ex.). L'adjudicateur peut alors limiter l'examen de détail aux **trois offres** qui semblent être les meilleures sur la base des documents de soumission.

Dans une procédure ouverte, cette **présélection** (« **Shortlisting** ») permet de **gagner du temps**. C'est donc une alternative à la procédure sélective. L'adjudicateur doit l'annoncer et communiquer en même temps les parties de l'offre et les critères sur la base desquels il fera la présélection. Un adjudicateur ne peut pas se prévaloir d'un manque de temps ou de ressources pour faire une présélection (Comm. n° 17 ss).

# AIMP 41 : Adjudication

Nouvelle disposition : AIMP 2019 41.1	Ancienne disposition : OCMP 30.1
<p><sup>1</sup> Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse.</p>	<p><sup>1</sup> Le marché est adjugé au ou à la soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse.</p>
<p><b><u>En allemand :</u></b></p> <p><sup>1</sup> Das vorteilhafteste Angebot erhält den Zuschlag.</p>	<p><sup>1</sup> Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag.</p>

En vertu de la LMP et en s'inspirant de la notion de « most advantageous offer » de l'AMP, c'est désormais l'**offre la plus avantageuse** (*vorteilhaftestes Angebot*) et non plus, comme auparavant en version allemande, l'offre la meilleur marché (*wirtschaftlich günstiges Angebot*) qui remporte le marché, ce qui a provoqué d'intenses débats sous la coupole fédérale.

En dépit de la reformulation en allemand, les avis sont unanimes sur le fait qu'il s'agit toujours de l'**offre présentant le meilleur rapport prix-prestations**, c'est-à-dire de l'offre qui a obtenu le nombre de points le plus élevé après addition de tous les critères pondérés (Comm. n° 555). La **nouvelle teneur en allemand n'a donc pas d'effet pratique**.

# AIMP 42 : Moment de la conclusion du contrat

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 42

<sup>1</sup> Le contrat peut être conclu avec le soumissionnaire retenu après l'écoulement du délai de recours contre l'adjudication, à moins que le Tribunal administratif cantonal [*Berne : l'instance de recours*] n'ait accordé l'effet suspensif à un recours formé contre l'adjudication.

## Ancienne disposition : OCMP 32

<sup>1</sup> Une fois le délai de recours passé, le contrat peut être conclu avec l'adjudicataire  
a si le délai pour faire recours n'a pas été utilisé;  
b dans le cas d'un recours, si l'effet suspensif n'a pas été demandé;  
c dans le cas d'un recours avec demande d'effet suspensif, dès qu'il est établi que ce dernier n'est pas accordé.

L'ancien droit interdisait de conclure le contrat tant que le tribunal ne se soit pas prononcé sur une demande d'effet suspensif. Selon le nouveau droit, cette interdiction n'est valable que si l'effet suspensif a été accordé.

Jusqu'ici, certaines instances de recours, Tribunal administratif compris, avaient pour coutume de ne jamais se prononcer sur l'effet suspensif, mais de statuer directement sur le fond. À notre avis, le nouveau droit n'admet pas cette pratique, qui revient à accorder systématiquement l'effet suspensif, ce que le législateur veut précisément éviter (Comm. n° 12 s).

Pour cette raison, **nous considérons que, en vertu du nouveau droit, l'instance de recours doit toujours se prononcer rapidement sur l'effet suspensif dans une décision incidente.** Si elle ne rend pas de décision concernant cette demande, on peut imaginer que les adjudicateurs décident de conclure le contrat en vertu de l'AIMP 42.1 en dépit du recours en suspens.

# AIMP 42 : Conclusion du contrat

## Dans le canton de Berne : OAIMP 13 ≈ OMP 11

- <sup>1</sup> L'adjudicateur conclut le contrat par écrit. Il n'est pas exigé que le contrat conclu sous forme numérique porte une signature manuscrite ou électronique.
- <sup>2</sup> Il applique ses conditions générales, sauf si la nature du marché exige l'application de conditions contractuelles particulières.
- <sup>3</sup> S'il n'a pas de conditions générales qui lui sont propres, il applique celles du canton ([www.be.ch/cg](http://www.be.ch/cg)).

La **forme écrite** est requise pour éviter toute ambiguïté concernant la conclusion et la teneur d'un contrat (la forme orale ou tacite n'étant pas admise). Cette conclusion peut également se faire par voie électronique (par courriel, p. ex.). L'OAIMP 13.1, 2<sup>e</sup> phrase indique clairement qu'il n'est pas nécessaire de satisfaire aux exigences du droit privé en matière de forme écrite.

Pour garantir la comparabilité des offres, il faut utiliser les conditions générales (CG) de l'adjudicateur. L'adjudicateur peut uniquement déroger à cette règle si la nature de la prestation ou les caractéristiques du marché empêchent de garantir l'efficacité de la concurrence ou d'adjuger le marché. Il en va ainsi lorsque l'adjudicateur est confronté à un soumissionnaire occupant une position dominante sur le marché ou fournissant des prestations complexes très normalisées (comme SaaS, R OAIMP, p. 13 s).

Le canton dispose de conditions générales propres pour les contrats de fournitures et de services. Il applique les CG de la CSI ([www.sik.swiss](http://www.sik.swiss)) pour l'informatique et les normes SIA pour les travaux de construction.

# AIMP 43 : Interruption

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 43

- <sup>1</sup> L'adjudicateur peut interrompre la procédure d'adjudication en particulier dans les cas suivants:
- a il renonce, pour des motifs suffisants, à adjuger le marché public; (...)
  - d les offres présentées ne permettent pas une acquisition économique ou dépassent nettement le budget;
  - e il existe des indices suffisants d'un accord illicite affectant la concurrence entre les soumissionnaires; (...)
- <sup>2</sup> En cas d'interruption justifiée de la procédure, les soumissionnaires n'ont pas droit à une indemnisation.

En vertu du nouveau droit, l'adjudicateur peut aussi **interrompre la procédure** lorsque les offres présentées dépassent le budget ou lorsqu'il n'a plus l'intention de réaliser le projet à l'origine de la procédure. Cela peut se produire par exemple lorsqu'une prestation est mise au concours sous réserve de l'octroi d'un crédit et que ce crédit n'est pas finalement pas accordé. De nouveaux éléments pourraient aussi amener l'adjudicateur à renoncer à octroyer un marché public (Comm. n° 578). En d'autres termes, il est toujours possible d'interrompre une procédure lorsque la situation régnant au moment de l'appel d'offres s'est sensiblement modifiée.

L'adjudicateur doit indiquer dans sa décision pour quelles raisons objectives il interrompt la procédure (MT, p. 84).

# AIMP 44 : Exclusion de la procédure, révocation et radiation (1/6)

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 44.1

<sup>1</sup> L'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication, le radier d'une liste ou révoquer une adjudication s'il est constaté que le soumissionnaire, un de ses organes, un tiers auquel il fait appel ou un organe de ce dernier:

- a ne remplit pas ou plus les conditions de participation à la procédure d'adjudication ou a un comportement qui compromet la conformité de cette dernière aux dispositions légales;
- b remet une offre ou une demande de participation qui est entachée d'importants vices de forme ou qui s'écarte de manière importante des exigences fixées dans l'appel d'offres;

Le nouveau droit prévoit de nouveaux motifs d'**exclusion de la procédure** et de **révocation de l'adjudication**. Les modifications sont soulignées dans l'encadré ci-dessus.

L'alinéa 1 énumère de manière exhaustive les faits qui doivent être *avérés* pour motiver une sanction.

Phrase introductive : les motifs d'exclusion sont désormais une disposition potestative, ce qui est conforme au principe de proportionnalité. Les non-conformités d'une certaine gravité doivent toujours entraîner l'exclusion ou la révocation, si cette sanction est proportionnée et ne relève pas d'un formalisme excessif (Comm. n° 6).

Lettre. b : les non-conformités mineures avec des critères obligatoires ne doivent plus entraîner nécessairement l'exclusion de la procédure (comme déjà l'ATF 2C 698/2019 consid. 5.3 : un appareil reste utilisable, même s'il ne remplit pas l'un des 75 critères techniques).

## AIMP 44 : Exclusion de la procédure, révocation et radiation (2/6)

### Nouvelle disposition : AIMP 2019 44.1

- c a fait l'objet d'une condamnation entrée en force pour un délit commis au détriment de l'adjudicateur en cause ou pour un crime;
- d fait l'objet d'une procédure de saisie ou de faillite;
- e a enfreint les dispositions relatives à la lutte contre la corruption;
- f refuse de se soumettre aux contrôles qui ont été ordonnés;

Lettre c : cet alinéa fait référence non seulement aux délits et infractions du CP, mais aussi aux infractions contre des lois spéciales, comme la législation en matière de protection de l'environnement, de fiscalité et de construction.

Lettre d : il suffit désormais, pour motiver une exclusion, qu'une procédure soit en cours, c'est-à-dire qu'une commination de faillite ait été prononcée, et il n'est plus nécessaire que la faillite ait été ouverte (OCMP 24.1.i). Des poursuites ne sont pas suffisantes (Comm. n° 23), mais des poursuites entreprises pour défaut de paiement des salaires des impôts ou des cotisations sociales peuvent être un indice de l'existence de motifs d'exclusion (AIMP 44.1.g).

Lettre f : les contrôles peuvent être ordonnés et effectués par l'adjudicateur, par d'autres autorités ou par des organes paritaires (MT, p. 85).

## AIMP 44 : Exclusion de la procédure, révocation et radiation (3/6)

### Nouvelle disposition : AIMP 2019 44.1

- g ne paie pas les impôts ou les cotisations sociales exigibles;
- h n'a pas exécuté correctement des marchés publics antérieurs ou s'est révélé d'une autre manière ne pas être un partenaire fiable;
- i a participé à la préparation du marché, sans que le désavantage concurrentiel qui en découle pour les autres soumissionnaires puisse être compensé par des moyens appropriés;
- j a fait l'objet, en vertu de l'article 45, alinéa 1, d'une exclusion des futurs marchés publics entrée en force.

Lettre h : les expériences négatives faites avec un soumissionnaire dans le cadre d'un marché antérieur sont désormais un motif d'exclusion valable. Les faits invoqués doivent cependant être objectifs et graves. Des défauts ou des manquements mineurs lors de l'exécution de marchés antérieurs ne justifient pas une exclusion (Comm. n° 594).

## AIMP 44 : Exclusion de la procédure, révocation et radiation (4/6)

### Nouvelle disposition : AIMP 2019 44.2

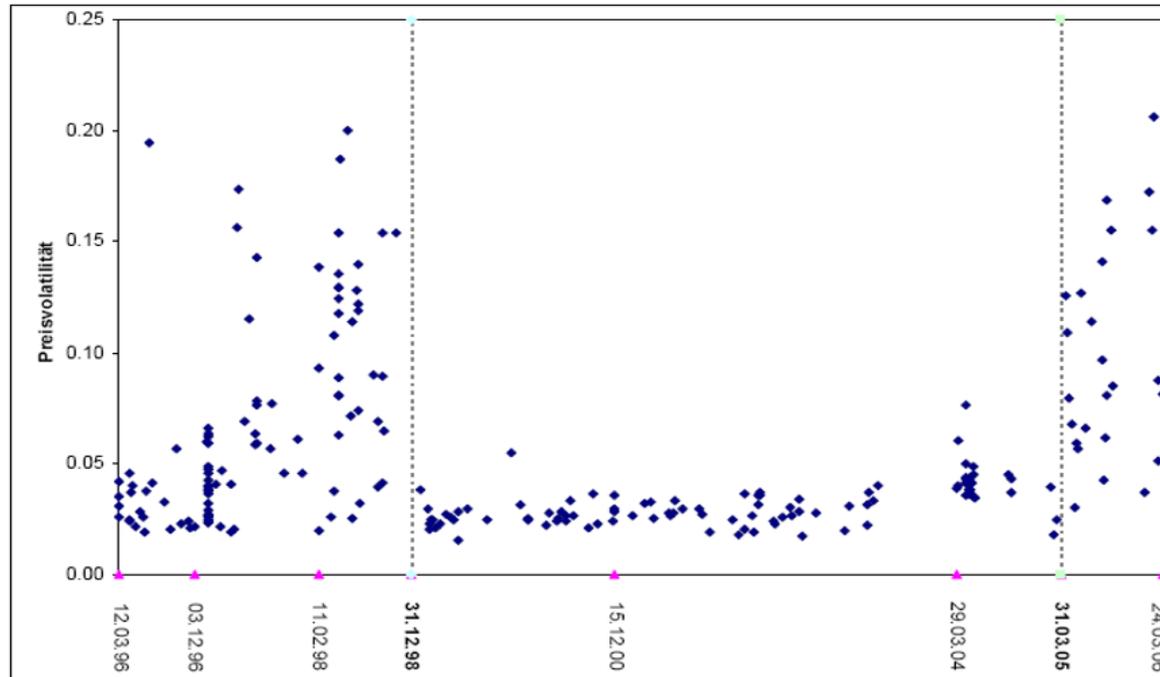
<sup>2</sup> L'adjudicateur peut également prendre les mesures mentionnées à l'alinéa 1 lorsque des indices suffisants laissent penser en particulier que le soumissionnaire, un de ses organes, un tiers auquel il fait appel ou un organe de ce dernier:

- a a fourni à l'adjudicateur des indications fausses ou trompeuses;
- b a conclu un accord illicite affectant la concurrence;
- c remet une offre anormalement basse, sans prouver, après y avoir été invité, qu'il remplit les conditions de participation, et ne donne aucune garantie que les prestations faisant l'objet du marché à adjuger seront exécutées conformément au contrat;
- d a enfreint les règles professionnelles reconnues ou porté atteinte à son honneur ou à son intégrité professionnels par ses agissements ou omission;

L'alinéa 2 contient une liste non exhaustive de circonstances qui appellent des mesures dès que l'on dispose d'*indices suffisants*. Il n'est donc pas nécessaire que ces faits soient prouvés.

La collaboration dans le cadre de l'exécution du marché suppose une relation de confiance entre l'adjudicateur et le soumissionnaire. Si cette confiance est brisée ou sérieusement menacée, l'adjudicateur ne devrait pas être contraint de collaborer avec le soumissionnaire concerné. Il ne peut toutefois pas non plus exclure un soumissionnaire sur la base d'un simple soupçon. Il est dès lors tenu de mener l'enquête et d'apprécier soigneusement les éventuelles preuves (MT, p. 86 s).

## AIMP 44.2.b : Indices d'accords illicites affectant la concurrence (5/6)



*L'analyse de la COMCO montre les accords affectant la concurrence reconnaissables à la très faible volatilité des prix de toutes les offres durant la période de l'entente (entre les deux barres verticales).*

*Source : COMCO / Frank Stüssi, 2021*

Des **accords illicites affectant la concurrence**, ou accords sur les prix, sont des ententes en vertu desquelles les soumissionnaires décident qui doit emporter le marché. Le soumissionnaire choisi présente la meilleure offre, tous les autres une offre inférieure. Ce risque est surtout présent sur des marchés caractérisés par leur stabilité, le faible nombre de soumissionnaires, le manque de progrès techniques, des appels d'offres réguliers, des biens et services de même nature et le manque d'alternatives, comme c'est le cas de la construction de routes.

L'analyse des offres permet d'identifier des indices d'ententes : offres quasiment identiques, nettement supérieures au devis, les adjudicataires se succèdent ou sont toujours les mêmes ou absence de différences de prix reconnaissables ou prix presque identiques.

La COMCO fournit des conseils : [submissionsabreden@weko.admin.ch](mailto:submissionsabreden@weko.admin.ch). Tout soupçon doit être signalé à la COMCO (AIMP 45.2).

# AIMP 44 : Exclusion de la procédure, révocation et radiation (6/6)

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 44.2

e est insolvable;

f ne respecte pas les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les conditions de travail, les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, les dispositions relatives à la confidentialité, les dispositions du droit suisse en matière d'environnement ou les conventions internationales relatives à la protection de l'environnement déterminées par le Conseil fédéral;

g a violé les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la LTN;

h viole la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale.

Les motifs facultatifs d'exclusion ou de révocation prévus à l'AIMP 44.2 sont les suivants :

- Lettre e (insolvabilité) : endettement ou sursis concordataire, p. ex. Dans ce cas, il faut demander des renseignements au commissaire, seule personne encore habilitée à représenter l'entreprise.
- Lettre h (concurrence déloyale) : il s'agit par exemple de publicité trompeuse ou d'indications fallacieuses sur la qualité (LCD 3.1.a-b), de méthodes de vente particulièrement agressives (LCD 3.1.h), d'envoi de pourriels (LCD 3.1.o), d'absence de coordonnées de contact sur Internet (LCD 3.1.s), d'appels publicitaires illicites (LCD 3.1.u-w), de corruption active et passive (LCD 4a), de l'exploitation indue de prestations d'autrui (LCD 5), de violation des secrets d'affaires (LCD 6) et de conditions commerciales abusives (LCD 8).

# AIMP 45 : Sanctions

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 45

<sup>1</sup> Lorsqu'un soumissionnaire ou un sous-traitant se trouve, lui-même ou à travers ses organes, dans un ou plusieurs des cas énoncés à l'article 44, alinéas 1, lettres c et e, et 2, lettres b, f et g, et que l'acte ou les actes concernés sont graves, il peut être exclu pour une durée maximale de cinq ans des futurs marchés ou se voir infliger une amende pouvant aller jusqu'à 10 pour cent du prix final de l'offre soit par l'adjudicateur, soit par l'autorité compétente en vertu de la loi. Dans les cas de peu de gravité, un avertissement peut être prononcé. (...)

## Ancienne disposition : LCMP 8.2

<sup>2</sup> Dans les cas graves, l'adjudicateur ou l'adjudicatrice peut en outre exclure l'adjudicataire de ses procédures d'adjudication futures pour une durée maximale de cinq ans.

L'adjudicateur peut non seulement exclure de ses futurs marchés pour une durée maximale de cinq ans les soumissionnaires et – c'est une nouveauté – les sous-traitants qui commettent une **grave infraction aux normes**, mais aussi leur infliger une amende pouvant aller jusqu'à 10 % du prix de l'offre. Les entreprises sanctionnées sont recensées dans une liste centralisée de la DTAP (R LAIMP, p. 9). La décision est susceptible de recours (AIMP 53.1.i).

Les avertissements doivent être remis par écrit et ont habituellement pour objet des infractions mineures qui n'aboutissent pas à une sanction. Lorsqu'il prononce une sanction, l'adjudicateur doit tenir compte du principe de proportionnalité et de la gravité de l'infraction (MT, p. 87).



# Pause

## 5 minutes





# AIMP 2019, 7<sup>e</sup> chapitre : Délais et publications, statistiques

# Qu'est-ce qui ne change pas en substance dans le 7<sup>e</sup> chapitre de l'AIMP ?

- Les **délais minimaux applicables à la remise des offres** ne se modifient en substance pas :
  - 20 jours pour les marchés non soumis aux accords internationaux
  - 40 jours pour les marchés soumis aux accords internationaux

Seules changent les règles applicables à la réduction de ces délais minimaux.

- Toutes les **publications** continuent à se faire sur la plateforme simap.ch.
- Les **documents en lien avec une procédure d'adjudication** doivent être conservés pendant au moins trois ans.

# AIMP 46 : Délais

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 46.4

<sup>4</sup> Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, le délai de remise des offres est en général d'au moins 20 jours. Dans le cas de prestations largement standardisées, il peut être réduit à 5 jours au minimum.

## Ancienne disposition : OCMP 15

<sup>1</sup> En règle générale, le délai pour présenter une offre ou une demande de participation à une procédure sélective ne doit pas être inférieur à 20 jours.

(...)

<sup>3</sup> En cas d'urgence, les délais indiqués aux alinéas 1 et 2 peuvent être réduits à dix jours.

Le nouveau droit admet une **réduction plus conséquente des délais minimaux**. Une telle réduction devrait être l'exception, car elle limite la concurrence et porte préjudice à la qualité des offres.

Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, les délais peuvent être réduits à cinq jours. Cette réduction est possible non seulement en cas d'urgence, comme il en allait déjà sous l'ancien droit, mais aussi pour des prestations standardisées (« largement » est une erreur de rédaction, voir Comm. n° 24). Cette modalité est prévue pour les cas dans lesquels l'évaluation se borne au prix (voir AIMP 29.4).

## AIMP 47 : Réduction des délais pour les marchés soumis aux accords internationaux

### Nouvelle disposition : AIMP 2019 47

<sup>1</sup> En cas d'urgence dûment établie, l'adjudicateur peut réduire les délais minimaux visés à l'article 46, alinéa 2, à 10 jours au minimum.

<sup>2</sup> Il peut réduire le délai minimal de remise des offres de 40 jours fixé à l'article 46, alinéa 2, de 5 jours par condition remplie lorsque:

- a l'appel d'offres est publié par voie électronique;
- b les documents d'appel d'offres sont publiés simultanément par voie électronique;
- c les offres transmises par voie électronique sont admises.

<sup>3</sup> Il peut réduire le délai minimal de remise des offres de 40 jours fixé à l'article 46, alinéa 2, à 10 jours au minimum lorsqu'il a publié, au moins 40 jours et au plus 12 mois avant la publication de l'appel d'offres, un avis préalable mentionnant: (...)

<sup>4</sup> Il peut réduire le délai minimal de remise des offres de 40 jours fixé à l'article 46, alinéa 2, à 10 jours au minimum lorsqu'il acquiert des prestations nécessaires périodiquement et qu'il a annoncé cette réduction de délai dans un précédent appel d'offres.

Le nouveau droit permet à l'adjudicateur de réduire sensiblement le délai minimal de 40 jours applicables aux marchés soumis aux accords internationaux lorsque l'appel d'offres et ses documents sont publiés par voie électronique (ce qui est la règle, voir AIMP 48.1), lorsque les offres peuvent être transmises par voie électronique et lorsqu'il a publié un avis préalable. 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.

# AIMP 47 : Réduction des délais pour les marchés soumis aux accords internationaux

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 47.5

<sup>5</sup> Au surplus, lorsque l'adjudicateur achète des marchandises ou des services commerciaux ou une combinaison des deux, il peut dans tous les cas réduire le délai de remise des offres à 13 jours au minimum, à condition de publier simultanément par voie électronique l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres. En outre, si l'adjudicateur accepte de recevoir des offres pour des marchandises ou des services commerciaux par voie électronique, il peut réduire le délai de remise des offres à 10 jours au minimum.

On entend par « marchandises ou services commerciaux » des « marchandises ou des services d'un type généralement offert à la vente sur le marché commercial et habituellement achetés par des acheteurs privés pour des besoins autres que ceux des pouvoirs publics » (Comm. n° 14).

# AIMP 48 : Publication de l'adjudication

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 48.1

**Art. 48** <sup>1</sup> Dans les procédures ouvertes ou sélectives, l'adjudicateur publie l'avis préalable, l'appel d'offres, l'adjudication et l'interruption de la procédure sur une plateforme Internet pour les marchés publics exploitée conjointement par la Confédération et les cantons. Il publie également les adjudications de gré à gré des marchés soumis aux accords internationaux. (...)

<sup>6</sup> 6 Les adjudications des marchés soumis aux accords internationaux doivent en principe être publiées dans un délai de 30 jours. L'avis contient les indications suivantes: (...)  
*f* le prix total de l'offre retenue, taxe sur la valeur ajoutée comprise

## Ancienne disposition : OCMP 36

**Art. 36 OCMP** <sup>1</sup> Lorsqu'il s'agit d'un marché soumis aux traités internationaux, l'adjudicateur ou l'adjudicatrice publie la décision d'adjudication sur le site Internet de l'Association pour un système d'information sur les marchés publics en Suisse (<http://www.simap.ch>) au plus tard 72 jours après la date d'entrée en force de la décision.

<sup>2</sup> La publication contient les indications suivante: (...)  
*f* le prix de l'offre retenue.

Selon le nouveau droit, la publication de l'adjudication en procédure ouverte et sélective doit se faire dans les **30 jours au lieu de 72 jours**. La notification de l'adjudication sur simap.ch (voir AIMP 51.1) satisfait aussi à l'AIMP 48. Selon le nouveau droit, tous les marchés **adjugés en procédure ouverte et sélective** doivent être publiés, pas seulement ceux soumis aux accords internationaux.

L'AIMP 2019 précise que c'est le **prix total** de l'offre retenue qui doit être publié (et pas le prix unitaire, p. ex.). Le législateur s'accommode du fait que cette disposition peut décourager des soumissionnaires sur des marchés très sensibles au prix (Comm. n° 24).

# AIMP 48 : Publication de marchés de gré à gré supérieurs aux seuils déterminants

## Dans le canton de Berne : OAIMP 14

<sup>1</sup> L'adjudicateur publie aussi sur la plateforme internet [www.simap.ch](http://www.simap.ch) les adjudications de gré à gré de marchés dont le montant atteint le seuil déterminant pour la procédure ouverte ou sélective.

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 48.1

<sup>1</sup> Dans les procédures ouvertes ou sélectives, l'adjudicateur publie l'avis préalable, l'appel d'offres, l'adjudication et l'interruption de la procédure sur une plateforme Internet pour les marchés publics exploitée conjointement par la Confédération et les cantons. Il publie également les adjudications de gré à gré des marchés soumis aux accords internationaux.

## Ancienne disposition : LCMP 6.2

<sup>2</sup> La décision d'ouvrir une procédure de gré à gré au sens de l'alinéa 1, lettre a doit être publiée avant adjudication sur le site Internet de l'Association pour un système d'information sur les marchés publics en Suisse (<http://www.simap.ch>), si les seuils de la procédure ouverte et de la procédure sélective sont atteints.

Pour garantir la transparence et les voies de droit, les **adjudications de gré à gré dont le montant atteint le seul déterminant** pour la procédure ouverte continueront à faire l'objet d'une publication, pas seulement s'il s'agit de marchés soumis aux traités internationaux (R OAIMP, p. 16 s.). Cela préserve la possibilité de déposer un recours.



# AIMP 2019, 8<sup>e</sup> chapitre : Voies de droit

# Qu'est-ce qui ne change pas en substance dans le 8<sup>e</sup> chapitre de l'AIMP ?

- Des **voies de droit** sont toujours prévues pour les marchés dont le montant est supérieur à la valeur seuil de la procédure par invitation.
- **Dérogant à l'AIMP**, le canton de Berne conserve son **système de recours** : en première instance, les recourants doivent saisir la préfecture ou la Direction compétente, en deuxième instance le Tribunal administratif.
- Les **éléments pouvant faire l'objet d'un recours** sont les mêmes : appel d'offres, récusation, sélection, adjudication, révocation, interruption, exclusion et sanction.
- Le recours n'a toujours pas d'**effet suspensif en général**.
- Le recours ne permet toujours **pas d'annuler un contrat déjà conclu**.
- Les **prétentions en dommages-intérêts** des soumissionnaires se limitent toujours à l'intérêt négatif (c'est-à-dire aux frais consentis pour préparer l'offre).

# AIMP 51 : Notification de l'adjudication

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 51.1

**Art. 51** <sup>1</sup> L'adjudicateur notifie ses décisions aux soumissionnaires soit par publication, soit par notification individuelle. Les soumissionnaires ne peuvent invoquer le droit d'être entendu avant la notification de la décision. (...)

## Ancienne disposition : LPJA 44

<sup>1</sup> Les décisions, les décisions sur recours et les jugements sont en principe notifiés par la poste.

Dérogeant à la règle générale de LPJA 44.1, l'AIMP 2019 51.1 prévoit désormais que les adjudications et les autres décisions (comme les interruptions) peuvent être notifiées pas uniquement par lettre, mais aussi par leur **publication sur simap.ch**. Cette disposition reprend la réglementation fédérale. Selon cette méthode, le délai de recours court à compter du jour qui suit la publication.

Il est recommandé aux adjudicateurs, **pour les procédures ouvertes et sélectives, de notifier l'adjudication uniquement par publication sur simap.ch**. Cette méthode permet en effet de diminuer la charge de travail, car une seule publication satisfait aux exigences de la publication selon AIMP 49 et de la notification selon AIMP 51. Elle permet aussi de gagner du temps, car il n'est plus nécessaire de déposer les notifications à la Poste ni, le cas échéant, d'aller les chercher.

Étant donné que cette procédure de notification sera nouvelle pour de nombreux soumissionnaires, il est recommandé de leur **signaler la publication sur simap.ch**, par exemple à l'aide de la fonction courriel de cette plateforme.

# AIMP 51 : Motivation de l'adjudication

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 51.1

<sup>2</sup> Les décisions sujettes à recours doivent être sommairement motivées et indiquer les voies de droit.

<sup>3</sup> La motivation sommaire d'une adjudication comprend:

- a le type de procédure d'adjudication utilisé et le nom du soumissionnaire retenu;
- b le prix total de l'offre retenue;
- c les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre retenue;
- d le cas échéant, les motifs du recours à la procédure de gré à gré.

<sup>4</sup> L'adjudicateur ne peut fournir aucun renseignement dont la divulgation:

- a enfreindrait le droit en vigueur ou porterait atteinte à l'intérêt public;
- b porterait atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires, ou
- c pourrait nuire à une concurrence loyale entre les soumissionnaires.

Le nouveau droit exige que les décisions d'adjudication soient **sommairement motivées**.

Dès lors, cette motivation est bien plus concise que celle prévue sur les modèles de décision actuels du BCCA. Il n'est en particulier plus admis d'indiquer le total des points de toutes les offres ou les raisons pour lesquelles certaines offres n'ont pas été retenues (notamment parce que l'adjudication est habituellement notifiée par voie de publication, voir AIMP 51.1). Il revient aux soumissionnaires non retenus de demander ce genre d'informations lors d'un entretien (« débriefing », OAIMP 15).

La motivation sommaire ne peut toutefois se réduire à des formules creuses telles que « le marché a été adjugé à l'offre économiquement la plus avantageuse » (Comm. n° 27).

# AIMP 51 : Débriefing

## Dans le canton de Berne : OAIMP 15 = OMP 12

<sup>1</sup> Si un soumissionnaire non retenu le demande, l'adjudicateur procède avec lui à un entretien (débriefing).

<sup>2</sup> Ce débriefing consiste en particulier à communiquer au soumissionnaire concerné les principales raisons pour lesquelles son offre a été écartée. Les règles de confidentialité définies à l'article 51, alinéa 4, AIMP doivent être observées

Déjà commun en pratique, le droit à un **entretien de débriefing** est inscrit dans l'OAIMP. Le but de cet entretien est de fournir des explications détaillées sur les motifs de l'adjudication ou du rejet de l'offre, notamment parce qu'ils ne ressortent pas toujours de la motivation sommaire (AIMP 51.3). Lors de cet entretien, il faudrait aussi renseigner le soumissionnaire sur le nombre, le classement et le total des points des autres soumissionnaires afin qu'il se rende compte si un recours pourra lui être utile (Comm. n° 32 ss.).

Un entretien de qualité aide le soumissionnaire à comprendre et accepter l'issue de la procédure et à lui montrer dans quel domaine il peut progresser dans la perspective d'une prochaine procédure. Il permet aussi d'éviter un recours n'ayant aucune chance d'aboutir. Dès lors, il devrait **si possible avoir lieu durant le délai de recours**.

Il n'est pas nécessaire de tenir un procès-verbal de l'entretien et le soumissionnaire n'a pas le droit de consulter le dossier (Comm. n° 31).

# AIMP 52 : Recours

<b>Dans le canton de Berne : LAIMP 6</b>	<b>Nouvelle disposition : AIMP 2019 52</b>	<b>Ancienne disposition : LCMP 12 et 13</b>
<p><sup>1</sup> Les décisions des autorités adjudicatrices communales peuvent faire l'objet d'un recours auprès du préfet ou de la préfète. <sup>2</sup> Les décisions des autorités adjudicatrices cantonales peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Direction compétente en la matière ou de la Chancellerie d'Etat.</p>	<p><sup>1</sup> 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. <sup>2</sup> Les recours concernant les marchés des tribunaux supérieurs cantonaux relèvent directement de la compétence du Tribunal fédéral.</p>	<p><b>Art. 12</b> <sup>1</sup> Les décisions des autorités adjudicatrices cantonales (...) peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Direction compétente du Conseil-exécutif. <b>Art. 13</b> <sup>1</sup> Les décisions des autorités adjudicatrices communales (...) peuvent faire l'objet d'un recours auprès du préfet ou de la préfète.</p>

LAIMP 3 et 6 formulent une **réserve pour le canton de Berne par rapport à l'AIMP** : le système cantonal de recours à deux instances reste valable.

Désormais, le droit cantonal dispose que les décisions de la Chancellerie d'Etat, des autorités judiciaires, du Ministère public et du Grand Conseil **peuvent aussi faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif** (LAIMP 6.3). La législation sur l'organisation de l'administration et les lois spéciales restent déterminantes pour désigner la Direction ou la Chancellerie d'Etat compétente.

# AIMP 54 : Effet suspensif

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 54

- <sup>1</sup> Le recours n'a pas effet suspensif.
- <sup>2</sup> Sur demande, le Tribunal administratif cantonal [*Berne : l'instance de recours*] peut accorder l'effet suspensif au recours, lorsque celui-ci paraît suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public prépondérant ne s'y oppose. En matière d'effet suspensif, il n'y a en règle générale qu'un échange d'écritures.

## Ancienne disposition : AIMP 2001 17

- <sup>1</sup> Le recours n'a pas d'effet suspensif.
- <sup>2</sup> Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, accorder l'effet suspensif à un recours, pour autant que celui-ci paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose. [*même teneur pour l'OCMP 33.1.*]

Selon l'ancien droit, l'instance de recours pouvait accorder l'effet suspensif d'office, alors que le nouveau droit le permet **uniquement sur demande**. Pour les recourants procédant en personne, l'instance examine généralement si leur requête renferme une demande d'effet suspensif (Comm. n° 16).

Voir aussi l'article 42 ci-dessus (moment de la conclusion du contrat) concernant la nécessité d'une décision incidente portant sur l'effet suspensif.

# AIMP 56 : Délai et motifs de recours, qualité pour recourir

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 56

<sup>1</sup> Les recours, dûment motivés, doivent être déposés par écrit dans un délai de 20 jours à compter de la notification de la décision.

## Ancienne disposition : AIMP 2001 15

<sup>2</sup> Le recours, dûment motivé, doit être déposé dans les dix jours dès la notification de la décision d'adjudication.

Le délai de recours passe de 10 à **20 jours**, comme il en va déjà en droit fédéral.



# AIMP 2019, 9<sup>e</sup> chapitre : Surveillance et exécution

# OAIMP 16 : Formation des responsables des achats

## Dans le canton de Berne : OAIMP 16

- <sup>1</sup> Les adjudicateurs qui réalisent régulièrement des procédures d'adjudication ouvertes ou sélectives s'assurent que les personnes ou organisations qui en sont responsables disposent au minimum des compétences suivantes:
- a elles connaissent les principes, les procédures, les valeurs seuils ainsi que les règles de conduite et de protection juridique du droit des marchés publics;
  - b elles sont en mesure de déterminer la procédure d'adjudication appropriée, de la planifier et de la réaliser dans son intégralité;
  - c elles savent lorsque c'est nécessaire réaliser une analyse de marché;
  - d elles sont capables d'identifier et de documenter les exigences;
  - e elles peuvent définir sur ces bases des critères appropriés de qualité, de prix et de durabilité;
  - f elles sont en mesure, conformément à ces critères et exigences et en se fondant sur des modèles, d'élaborer un dossier d'appel d'offres de qualité adéquate et de rédiger un contrat;
  - g elles sont capables d'évaluer les offres et de justifier clairement la décision d'adjudication.

Pour que les buts de l'AIMP soient atteints, il est important de professionnaliser le domaine des marchés publics. Le nouveau droit bernois dispose que les personnes chargées des achats doivent posséder les compétences requises pour que les procédures d'appel d'offres respectent la loi et présentent la qualité voulue.

# OAIMP 16 : Formation des responsables des achats

## Dans le canton de Berne : OAIMP 16

- <sup>2</sup> Les adjudicateurs peuvent présumer que les personnes suivantes disposent des compétences prévues à l'alinéa 1:
- a titulaires du brevet fédéral de Spécialiste des marchés publics,
  - b titulaires d'une autre formation dans le domaine des marchés publics conférant les compétences énoncées à l'alinéa 1,
  - c personnes disposant d'une expérience suffisante comme responsable de la réalisation de procédures d'adjudication ouvertes ou sélectives.

La réalisation de procédures d'appel d'offres requiert de vastes connaissances spécialisées juridiques et méthodologiques. La formation professionnelle reconnue à l'échelon national est le brevet fédéral de « spécialiste des marchés publics » délivré depuis 2019 ([www.iaöb.ch](http://www.iaöb.ch)). Il est vivement recommandé aux adjudicateurs qui passent régulièrement des marchés de s'assurer que leur personnel suit les cours de perfectionnement requis. À défaut, ils devront se procurer ces connaissances spécialisées auprès de consultants externes, ce qui revient bien plus cher.

Toutefois, une expérience professionnelle suffisante ou une autre formation appropriée permettent aussi de disposer des compétences nécessaires.

# OAIMP 20 : Surveillance

Dans le canton de Berne : OAIMP 20.1 = OMP 30.2	Nouvelle disposition : AIMP 2019 62	Ancienne disposition : AIMP 2001 19.1
<p><sup>1</sup> Les organes de contrôle internes des adjudicateurs surveillent le respect de la législation sur les marchés publics.</p>	<p><sup>1</sup> Les cantons veillent au respect du présent accord. (...)</p>	<p><sup>1</sup> Chaque canton vérifie le respect, par les soumissionnaires et les pouvoirs adjudicateurs, des dispositions en matière de marchés publics, tant durant la procédure de passation qu'après l'adjudication.</p>

La **surveillance** dans le domaine des marchés publics englobe notamment la compétence de donner des instructions afin de modifier la pratique d'adjudication, lorsque des adjudicateurs contreviennent de manière grave ou répétée aux dispositions du droit des marchés publics (quand ils ne lancent pas d'appel d'offres public conformément aux prescriptions, p. ex.). Cette surveillance est nécessaire, car la possibilité de former recours contre une décision d'adjudication ne permet pas toujours de garantir efficacement l'application de la législation sur les marchés publics (R OAIMP, p. 17 s.).

# OAIMP 20 : Surveillance

## Dans le canton de Berne : OAIMP 20.2

<sup>2</sup> La surveillance est exercée par:

- a les Directions et la Chancellerie d'Etat pour les marchés passés par des services qui leur sont subordonnés,
- b le Conseil-exécutif pour les marchés des Directions et de la Chancellerie d'Etat,
- c la Direction de la magistrature pour les marchés des autorités judiciaires et du Ministère public,
- d le Conseil-exécutif, à la demande de la Direction compétente pour le domaine d'activité concerné ou de la Chancellerie d'Etat, pour les marchés des autres organisations chargées de tâches publiques (art. 95, al. 3 de la Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993),
- e les préfets et préfètes pour les marchés des communes (art. 87 de la loi du 16 mars 1998 sur les communes, LCo),
- f les communes pour les marchés des organisations chargées de tâches communales (art. 65, al. 2 et art. 69, al. 1 LCo).

Les compétences en matière de surveillance résultent de la subordination hiérarchique des autorités ou des compétences constitutionnelles. Les autorités de surveillance peuvent faire appel aux services du BCCA pour les assister dans leur tâche (OOMP 19.1.o).

Lorsqu'une autorité de surveillance constate (sur dénonciation d'un soumissionnaire, le cas échéant) que l'autorité placée sous son contrôle n'applique pas correctement le droit des marchés publics, elle doit, si nécessaire, adopter une décision relevant du droit de la surveillance pour la contraindre à agir correctement, sur la base de l'OAIMP 20. Cette décision peut, au besoin, être assortie d'une menace de peine en cas d'infraction (CP 292).



# OAIMP 20 : Surveillance

## Dans le canton de Berne : OAIMP 20.3

- <sup>3</sup> Les autorités cantonales qui concluent des conventions de prestations avec des organisations chargées de tâches publiques y règlent aussi le respect du droit sur les marchés publics par les prestataires de services, notamment
- a l'obligation de réaliser des procédures d'adjudication publiques pour des marchés dans le domaine de la convention de prestations,
  - b le compte rendu du respect de cette obligation

Il incombe aussi aux autorités de surveillance de s'assurer que les entités privées auxquelles des organismes publics confient des tâches publiques respectent le droit des marchés publics. Dès lors, les conventions de prestations doivent expressément leur transférer l'obligation de réaliser des procédures d'adjudication publiques et l'autorité qui mandate doit vérifier, sur la base des rapports du mandataire, si cette obligation est respectée.

# AIMP 64 : Droit transitoire

## Nouvelle disposition : AIMP 2019 64

<sup>1</sup> Les procédures d'adjudication qui ont été lancées avant l'entrée en vigueur du présent accord sont régies par l'ancien droit jusqu'à leur clôture.

Les procédures d'adjudication qui ont été lancées avant l'entrée en vigueur de l'AIMP 2019 (1<sup>er</sup> février 2022) sont régies par l'ancien droit jusqu'à leur clôture.

Dès lors, l'ancien droit (AIMP 2001, LCMP et OCMP) s'applique encore :

- aux marchés de gré à gré dont le montant est inférieur au seuil déterminant, pour lesquels le contrat a été conclu avant le 1<sup>er</sup> février 2022,
- aux marchés de gré à gré dont le montant dépasse le seuil déterminant et qui ont été publiés sur simap.ch avant le 1<sup>er</sup> février 2022,
- aux procédures ouvertes, sélectives et sur invitation pour lesquelles l'invitation ou l'appel d'offres a eu lieu avant le 1<sup>er</sup> février 2022.



# Vos questions



# Un grand merci pour l'intérêt que vous nous avez porté !

En qualité d'adjudicateur public, vous pouvez nous poser vos questions sur le nouveau droit également après ce webinaire :

- <http://www.be.ch/marchespublics>
- [marchespublics@be.ch](mailto:marchespublics@be.ch)
- Tél. : +41 31 633 44 10



# Contact

Thomas M. Fischer

Président de la Conférence cantonale des achats

thomas.fischer@be.ch

+41 31 633 40 94

N° de document : 344560



# Annexe : Abréviations

Abréviation	Signification
CCT	Convention collective de travail
EG	Entreprise générale
ET	Entreprise totale
KBOB	Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics

## Annexe : autres actes législatifs cités

Abréviation	Acte législatif
Cst	<u>Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999</u> , RS 101.1
LCo	<u>Loi du 16 mars 1998 sur les communes</u> , RSB 170.11
ConstC	<u>Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993</u> , RSB 101.1
OOMP	<u>Ordonnance du 5 novembre 2014 sur l'organisation des marchés publics (OOMP)</u> , RSB 731.22
CP	<u>Code pénal du 21 décembre 1937</u> , RS 311.0
LPJA	<u>Loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives</u> , RSB 155.21

## Annexe : autres sources citées

Abréviation	Ouvrage
BO	<u>Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale</u>
KBOB 2021	KBOB, <u>Guide de la KBOB concernant l'acquisition de prestations de mandataire (adapté au droit des marchés publics révisé en 2019)</u> , 9 juillet 2021, consulté le 12 juillet 2021
Stüssi 2021	Frank Stüssi : CAS Marchés publics, module 2, dossier de cours, Université de Berne 2021
Wittenwiller 2021	Martin Wittenwiller: CAS Marchés publics, module 2, dossier de cours, Université de Berne 2021

# Crédits illustrations, sauf indiqué

Crédit :	Auteur-e	Licence
<a href="https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Microphone-outlined-circular-button.svg">https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Microphone-outlined-circular-button.svg</a>	Sebastien Gabriel	CC-BY 3.0
<a href="https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Chat-button-outline.svg">https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Chat-button-outline.svg</a>	Sebastien Gabriel	CC-BY 3.0
Autres illustrations : diverses sources, telles que pexels.com et unsplash.com	Divers	Sans droit d'auteur