



Rapport

Date de la séance du CE :

Direction :

Direction des finances

N° d'affaire :

2020.KAIO.70

Classification :

-

Ordonnance portant introduction de l'accord intercantonal sur les marchés publics (Oi AIMP)

Table des matières

1.	Synthèse	2
2.	Situation initiale	2
3.	Droit comparé.....	2
4.	Mise en œuvre	5
5.	Commentaire des articles	5
5.1	Champ d'application.....	5
5.1.1	Article 1 – Réciprocité	5
5.1.2	Article 2 – Extension du champ d'application de l'AIMP 2019.....	5
5.2	Principes généraux	5
5.2.1	Article 3 – Mesures contre les conflits d'intérêts et la corruption	5
5.2.2	Article 4 – Service d'enregistrement des irrégularités	7
5.2.3	Article 5 – Peine conventionnelle contre les accords affectant la concurrence	8
5.2.4	Article 6 – Collecte de données pour mettre en évidence des accords affectant la concurrence.....	9
5.2.5	Article 7 – Justificatifs	9
5.3	Procédure d'adjudication	11
5.3.1	Article 8 – Dialogue	11
5.3.2	Article 9 – Questions sur les documents d'appel d'offres	12
5.3.3	Article 10 – Indemnisation des soumissionnaires	12
5.3.4	Article 11 – Sous-traitants.....	12
5.3.5	Article 12 – Obligations en matière de documentation	13
5.3.6	Article 13 – Conclusion du contrat	14
5.3.7	Article 14 – Publications.....	15
5.3.8	Article 15 – Débriefing.....	15
5.3.9	Article 16 – Formation des personnes chargées des achats.....	16
5.4	Langues.....	17
5.4.1	Article 17 – Langue de la procédure	17
5.4.2	Article 18 – Langue de l'invitation ou de l'appel d'offres	17
5.5	Article 19 – Langue de l'offre	18
5.6	Article 20 – Surveillance	18
5.7	Article 21 – Exécution	18
5.8	Articles 22 à 24 – Dispositions transitoires et dispositions finales	19
5.9	Modification indirecte de l'OOMP.....	19
5.10	Modification indirecte d'autres ordonnances	20
5.11	Abrogation de l'OCMP	20
6.	Répercussions financières	20
7.	Répercussions sur les communes, sur le personnel, sur l'organisation et sur l'économie	21

8.	Résultats de la procédure de consultation	21
9.	Proposition	21

1. Synthèse

L'Oi AIMP contient les dispositions d'exécution et d'introduction de la législation sur les marchés publics totalement révisée et harmonisée au niveau national, à savoir la loi fédérale sur les marchés publics (LMP¹) adoptée en juin 2019 par le parlement fédéral et l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP 2019) adopté en novembre 2019 par la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP). La présente ordonnance fait suite à la loi concernant l'adhésion à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LAIMP), qui prévoit l'adhésion du canton de Berne à la version révisée de cet accord, c'est-à-dire l'AIMP 2019.

L'Oi AIMP se fonde sur l'ordonnance correspondante du Conseil fédéral sur les marchés publics (OMP 2020²) adoptée le 12 février 2020, et comprend dans une large mesure des dispositions de même teneur ou complémentaires. De plus, elle régleme les mesures prescrites dans l'AIMP 2019 contre les conflits d'intérêts, contre la corruption et les accords illicites affectant la concurrence, en prévoyant notamment des mesures d'information et de sensibilisation des collaborateurs et collaboratrices (art. 3), un service d'enregistrement des irrégularités (art. 4), une peine conventionnelle pour sanctionner les ententes affectant la concurrence (art. 5) et les conditions permettant à l'adjudicateur ou à la Commission de la concurrence (COMCO) de mettre en évidence de telles ententes (art. 6). L'Oi AIMP régleme en outre les justificatifs que les soumissionnaires doivent fournir pour pouvoir participer à la procédure (art. 7) ainsi que la formation des personnes qui réalisent régulièrement des appels d'offres (art. 16). Les dispositions sur la langue de la procédure et de l'offre (art. 17 à 19) correspondent fondamentalement au droit actuel. Les achats de l'administration cantonale doivent désormais tenir compte en outre du caractère durable des prestations achetées (art. 6a OOMP³).

2. Situation initiale

En ce qui concerne le contexte de l'introduction de la nouvelle législation sur les marchés publics, nous renvoyons au rapport sur la LAIMP et, en annexe à celui-ci, au Message type de la DTAP sur l'AIMP 2019 (www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019).

3. Droit comparé

Le tableau ci-dessus indique les dispositions de l'OMP 2020 qui ont été reprises, ou non, dans l'Oi AIMP.

Article OMP	Article Oi AIMP	Thème	Remarques
1	1	Réciprocité	Repris.
2	–	Exemption de secteurs	Non repris. Pour les cantons cela découle directement de l'article 7 de l'AIMP 2019.

¹ RS 172.056.1

² RO 2020 691.

³ Ordonnance du 5 novembre 2014 sur l'organisation des marchés publics, RSB 731.22

Article OMP	Article Oi AIMP	Thème	Remarques
–	2	Extension du champ d'application	La LMP ne prévoit pas d'élargissement du champ d'application, à la différence de l'AIMP 2019 (art. 63, al. 4).
3	3	Mesures contre les conflits d'intérêts et la corruption	Repris.
–	4	Service d'enregistrement des irrégularités	Non prévu dans l'OMP, car la protection des lanceurs d'alerte dans l'administration fédérale est déjà réglementée par d'autres dispositions.
–	5	Peine conventionnelle	Non prévu dans le droit fédéral. Mise en œuvre de la motion 042-2019.
26	6	Accès de la COMCO aux données	Repris.
4, al. 1	–	Contrôles relatifs à l'égalité salariale par une autorité fédérale	Non repris, car le droit cantonal des marchés publics s'applique à un grand nombre d'adjudicateurs qui sont libres de déterminer dans ce cadre légal s'ils souhaitent déléguer de tels contrôles, et le cas échéant à qui.
4, al. 2	–	Conventions internationales (droit du travail)	Non repris. La même disposition existe déjà pour l'essentiel à l'article 12, alinéa 2, 2 ^e phrase AIMP 2019.
4, al. 3	–	Conventions internationales (droit de l'environnement)	Non repris. Ces conventions sont énoncées à l'annexe 4 de l'AIMP 2019.
4, al. 4	7	Pièces justificatives	L'OMP prévoit uniquement une liste indicative de justificatifs. Dans l'Oi AIMP, cette liste est impérative et plus détaillée. Elle conditionne l'attribution du certificat.
5	–	Procédure sur invitation	Non repris, car le contexte politique régional et linguistique n'est pas le même qu'à la Confédération.
6	8	Dialogue	Repris.
7	–	Description de la prestation	Non repris. Cette disposition contient uniquement des évidences.
8	9	Questions sur les documents d'appel d'offres	Repris.
9	10	Indemnisation des soumissionnaires	Repris.

Article OMP	Article Oi AIMP	Thème	Remarques
–	11	Sous-traitants	Ajouté pour plus de clarté, à la demande des partenaires sociaux.
10	12	Obligations en matière de documentation	Repris.
11	13	Conclusion du contrat	Repris et complété par une mention sur les conditions générales (CG) du canton applicables à titre subsidiaire.
–	14	Publication des marchés adjudugés de gré à gré	Cette disposition permet d'harmoniser le régime juridique avec celui de la LMP.
12	15	Débriefing	Repris.
–	16	Formation des personnes chargées des achats	L'OMP ne prévoit pas cette disposition car la Confédération dispose d'une offre de formation interne.
13–19	–	Procédures de concours et de mandats d'étude parallèles	Ces dispositions de l'OMP mettent en œuvre l'article 22, alinéa 2 LMP. Cette réglementation n'existe pas dans l'AIMP 2019.
20–23	17–19	Langues	La situation linguistique de la Confédération étant différente de celle du canton, l'ancienne réglementation de l'OCMP est fondamentalement reprise.
24	–	Vérification du prix	Ces dispositions de l'OMP n'ont de fondement ni dans la LMP ni dans l'AIMP 2019, après leur rejet par le parlement dans la LMP.
25	–	Exclusion et sanctions	L'AiMp est chargée au niveau intercantonal de tenir une liste des soumissionnaires sanctionnés. Les sanctions doivent lui être signalées (art. 45, al. 3 AIMP 2019).
27	–	Publication des marchés d'une valeur égale ou supérieure à 50 000 francs	Pour des raisons techniques, cette publication n'est pas encore possible avec des charges raisonnables pour l'administration cantonale. Il faudra l'envisager après le déploiement du progiciel de gestion intégré du canton.
28–29	–	Statistiques, CMCC	Ces tâches d'organisation de la Confédération ne sont pas pertinentes pour le canton de Berne. Voir néanmoins l'OOMP.
30	20, 21	Exécution et surveillance	Repris et complété par des dispositions relatives à la surveillance.

4. Mise en œuvre

Nous renvoyons aux développements correspondants dans le rapport sur la LAIMP.

La présente ordonnance met en œuvre la motion 042-2019 (« Dopage en sport ou cartels en économie : même duperie, même peine ! ») ainsi que, avec l'AIMP 2019 et les outils restant encore à créer, la motion 124-2016 (« Adaptation de la législation sur les marchés publics ») qui a été adoptée en tant que postulat.

5. Commentaire des articles

L'organisation et les titres de sections correspondent à ceux de l'AIMP 2019.

5.1 Champ d'application

5.1.1 Article 1 – Réciprocité

Cette disposition correspond à l'article 1 OMP 2020. L'Office fédéral des constructions et de la statistique (OFCL) remarque à ce sujet dans le commentaire sur l'OMP 2020 :

« En cas de doute, les soumissionnaires suisses et étrangers ainsi que les adjudicateurs peuvent demander au SECO si et dans quelle mesure un État donné accorde la réciprocité. En général, le SECO examine ces demandes de manière ad hoc en collaboration avec les ambassades compétentes. »

5.1.2 Article 2 – Extension du champ d'application de l'AIMP 2019

L'article 63, alinéa 4 AIMP 2019 autorise les cantons à étendre (mais pas à restreindre) le champ d'application de l'AIMP 2019.⁴ L'article 4, alinéa 2, lettre d LAIMP délègue cette compétence au Conseil-exécutif.

L'article 10, alinéa 1, lettre e AIMP 2019 exclut du droit des marchés publics les marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnelle. Or le canton a eu de bonnes expériences avec la mise au concours de ce type de marchés. Ces appels d'offres publics sont acceptés, équitables et transparents. Il faut donc maintenir cette pratique.

5.2 Principes généraux

5.2.1 Article 3 – Mesures contre les conflits d'intérêts et la corruption

Conformément à l'article 11, lettre b AIMP 2019, l'adjudicateur « prend des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption ». Les dispositions des articles 3 à 6 Oi AIMP concrétisent ces mesures. Les adjudicateurs restent libres d'adopter des mesures supplémentaires.

L'article 3 Oi AIMP correspond à l'article 3 OMP 2020, à cette exception près : l'obligation de signer une déclaration d'impartialité (al. 1, lit. b) ne s'applique dans l'Oi AIMP que pour les marchés dont la valeur dépasse le seuil prévu pour la procédure ouverte ou sélective (c.-à-d. aussi pour les marchés de gré à

⁴ Message-type concernant l'article 10, alinéa 1, lettres e et g AIMP 2019, p. 38 s.

gré dépassant la valeur seuil). Selon la teneur de l'article 3 OMP 2020, le formulaire devrait être rempli pour le moindre petit marché, ce qui entraînerait des charges disproportionnées.

Concernant l'article 3 OMP 2020, l'OFCL émet le commentaire suivant :

« Cette disposition présente des mesures visant à éviter les conflits d'intérêts et la corruption. La lutte contre la corruption est l'une des priorités de l'AMP 2012. Les mesures énoncées illustrent les possibilités d'agir, mais d'autres mesures peuvent s'avérer nécessaires. L'adjudicateur peut notamment fixer des règles de conduite dans ses conditions générales ou dans le contrat qui le lie au soumissionnaire (clauses d'intégrité, clauses pénales, mesures destinées à garantir des processus commerciaux conformes au droit, etc.). L'adjudicateur peut en outre imposer au soumissionnaire concerné de soumettre ses éventuels sous-traitants aux mêmes mesures.

Al. 1, let. a

En vertu de l'art. 91 de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers, RS 172.220.111.3), les employés de l'administration fédérale doivent annoncer à leur supérieur toutes les charges publiques et les activités rétribuées qu'ils exercent en dehors de leurs rapports de travail.⁵ Si le risque de conflit d'intérêts ne peut être exclu, les activités non rétribuées doivent également être annoncées. La disposition de la let. a va plus loin que l'art. 91 OPers, dans la mesure où elle prévoit qu'il faut déclarer non seulement les activités accessoires, mais également les liens d'intérêts susceptibles de conduire à un conflit d'intérêts lors d'un projet d'acquisition.

Un lien d'intérêt susceptible de conduire à un conflit d'intérêts existe par exemple, lorsqu'une offre provient d'un soumissionnaire ayant des liens particulièrement étroits avec les collaborateurs de l'adjudicateur ou avec les tiers mandatés par ce dernier qui participent à une procédure d'adjudication. Il peut s'agir de rapports professionnels d'ordre privé, passés ou présents (par ex. lien client-fournisseur, partenariat stratégique, forme de participation, rapports de travail), de liens de mariage, d'un partenariat enregistré ou de vie de couple de fait, de liens de parenté, directe ou par alliance (voir art. 13, al. 1, let. b et c, LMP révisée). Sont aussi par exemple concernés les rapports de dépendance, économique ou autre, ainsi qu'une profonde camaraderie (en raison du service militaire, par ex.). Lorsqu'un tel cas se présente, les collaborateurs de l'adjudicateur doivent immédiatement en avertir leur supérieur. Les tiers mandatés par l'adjudicateur en informent ce dernier par écrit dans les plus brefs délais. *[Indication de la Direction des finances : L'existence d'une relation professionnelle entre l'adjudicateur et un soumissionnaire ne constitue pas par contre un motif de récusation.]*

La simple existence de liens particulièrement étroits avec un soumissionnaire peut entraîner la récusation du collaborateur de l'adjudicateur, mais ne suffit pas pour réunir les éléments constitutifs de corruption. En règle générale, ces éléments présupposent l'octroi ou l'acceptation d'un avantage indu, soit immatériel soit pécuniaire.

Al. 1, let. b

Les collaborateurs de l'adjudicateur et les tiers mandatés par ce dernier ne peuvent participer à un projet d'acquisition qu'après avoir signé une déclaration d'impartialité. Cette dernière garantit que seuls des collaborateurs en mesure d'évaluer les offres en toute neutralité et indépendamment de leurs intérêts personnels prennent part au projet.

La déclaration d'impartialité contribue à sensibiliser les collaborateurs à l'importance de l'impartialité et vise à prévenir la corruption. L'administration fédérale exige déjà une déclaration d'impartialité. Cette déclaration peut être de portée générale et s'appliquer ainsi à toutes les acquisitions, ou se rapporter à un projet spécifique. En général, les collaborateurs des services d'achat d'envergure

⁵ Dans la législation cantonale sur le personnel : art. 203 ss OPers (Activités annexes) et art. 199 ss OPers (Exercice d'une charge publique).

la signent au moment de leur embauche. Les adjudicateurs sont libres d'exiger une déclaration d'impartialité spécifique pour chaque marché public. La disposition de l'ordonnance ne précise donc pas si le service d'achat est tenu d'exiger de la part de ses collaborateurs une déclaration d'impartialité au début des rapports de travail, au moment de leur première participation à une procédure d'adjudication ou pour chaque procédure d'adjudication.

De la même manière, la déclaration d'impartialité permet également de rappeler aux tiers que les adjudicateurs mandatent par exemple pour élaborer des documents d'appel d'offres ou pour évaluer des offres, qu'ils doivent déclarer leurs liens d'intérêts.

Al. 2

La loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers, RS 172.220.1), l'OPers et le code de comportement de l'administration fédérale comprennent plusieurs dispositions destinées à réduire le risque de corruption ainsi qu'à prévenir ou à résoudre les conflits d'intérêts.⁶

Les adjudicateurs rappellent régulièrement ces dispositions aux collaborateurs participant aux procédures de marchés publics. Des formations spécifiques ou des séances d'information sont organisées si nécessaire. »

5.2.2 Article 4 – Service d'enregistrement des irrégularités

La mise en place d'un service d'enregistrement pour les personnes qui signalent des irrégularités (« lanceurs d'alerte ») constitue une autre mesure importante pour détecter et sanctionner les actes de corruption et les manquements au droit des marchés publics. Selon une étude réalisée en 2019⁷, 65 pour cent des entreprises suisses de droit privé disposent déjà de leur propre dispositif d'alerte et 57 pour cent de ces dispositifs ont reçu au moins un signalement par an⁸. Environ 47 pour cent des signalements se sont révélés pertinents, pour seulement 5 pour cent jugés abusifs.⁹ En outre, ces alertes ont permis à 45 pour cent des entreprises suisses de détecter des actes répréhensibles, et à 19 pour cent d'elles de découvrir des pertes financières de plus de 100 000 euros.¹⁰

Alinéas 1 et 2 : Tous les adjudicateurs publics doivent prévoir au moins un service d'enregistrement des irrégularités dans le domaine des marchés publics. Ils sont libres de déterminer la forme juridique et l'organisation de ce service. Ils peuvent par exemple confier cette tâche à leur propre contrôle des finances ou service de révision, ou la déléguer à un prestataire privé. Dans les communes ou entreprises de relativement petite taille, ce rôle peut par exemple être dévolu au président ou à la présidente de la commune, respectivement du conseil d'administration. Ce qui importe, c'est que le service d'enregistrement des irrégularités soit indépendant des responsables hiérarchiques et qu'il rende compte directement au plus haut niveau de direction de la collectivité publique ou de l'entreprise, de sorte que les collaborateurs et collaboratrices puissent lui faire confiance, que leurs alertes soient traitées de manière confidentielle et qu'ils n'aient donc pas à craindre de subir des préjudices par suite des faits signalés.

Alinéa 3 : Les communes ou d'autres adjudicateurs communaux (p. ex. syndicats de communes ou entreprises communales) peuvent renoncer à prévoir leur propre service d'enregistrement des irrégularités. Dans ce cas, c'est le préfet ou la préfète qui assume cette tâche en sa qualité d'autorité de surveillance des communes.

⁶ Dans la législation cantonale sur le personnel notamment art. 203 ss OPers (Activités annexes) et art. 199 ss OPers (Exercice d'une charge publique), art. 8a OPers (Acceptation de dons ou d'autres avantages) et 8b OPers (Invitations), ainsi que le Code de conduite de l'administration du canton de Berne.

⁷ Etude de la Haute Ecole Spécialisée de Coire (HTW) sur le lancement d'alertes : www.whistleblowingreport.ch

⁸ <https://whistleblowingreport.eqs.com/results/nombre-d-alertes>

⁹ <https://whistleblowingreport.eqs.com/results/qualite-des-alertes>

¹⁰ <https://whistleblowingreport.eqs.com/results/perte-maximale-decouverte>

Alinéa 4 : En ce qui concerne l'administration cantonale, il existe déjà un service d'enregistrement des irrégularités : le Contrôle des finances. Seuls les autres adjudicateurs cantonaux (p. ex. hautes écoles, hôpitaux, entreprises cantonales) peuvent donc mettre en place un dispositif d'alerte, s'ils n'en ont pas déjà un. Pour ce faire, ils disposent d'une année après l'entrée en vigueur de la présente ordonnance (art. 22).

5.2.3 Article 5 – Peine conventionnelle contre les accords affectant la concurrence

Alinéa 1, lettre a : Cette disposition met en œuvre la motion 042-2019 Köpflì (Wohlen b. Bern, pvl) « Dopage en sport ou cartels en économie : même duperie, même peine ! » qui a été adoptée sous forme de postulat. Suite aux sanctions infligées par la COMCO à des producteurs de gravier dans le canton de Berne, celle-ci demandait que le canton directement lésé en tant que maître d'ouvrage par des prix probablement excessifs puisse en pareil cas tenter une action en dommages-intérêts.

Mais comme de telles actions ont rarement des chances d'aboutir, la présente disposition prévoit en tant que mesure préventive de convenir d'une peine conventionnelle. Selon le secrétariat de la COMCO, il est admis aux plans national et international que les cartels de soumission entraînent des hausses de prix d'au moins 10 pour cent ; selon une étude empirique internationale, les prix seraient plus élevés en moyenne de 45 pour cent en pareille situation.¹¹ La peine conventionnelle doit donc représenter au minimum 10 pour cent du prix. Elle est exigible dès que la COMCO a arrêté les sanctions correspondantes et doit être remboursée le cas échéant si elles sont contestées avec succès.

La peine conventionnelle sera normalement imputée en tant qu'indemnité forfaitaire pour d'éventuels dommages avérés qui résulteraient de comportements anticoncurrentiels. Elle s'ajoutera le cas échéant à l'amende perçue pour le même comportement en vertu de l'article 45 AIMP 2019, puisque cette amende a un caractère de sanction et ne peut être infligée qu'en cas d'infraction grave. Elle est prévue dans les conditions générales (CG) du canton de Berne (cf. art. 12).

Alinéa 1, lettre b : Le canton peut être lésé par le comportement anticoncurrentiel non seulement de l'adjudicataire, mais aussi des sous-traitants et fournisseurs de celui-ci – pour les marchés de construction, par exemple, aussi à la suite d'ententes sur les prix des fournisseurs de gravier de l'entreprise générale. Pour inciter l'adjudicataire à ne pas non plus accepter d'ententes sur les prix de ses partenaires contractuels, la peine conventionnelle à convenir doit aussi s'appliquer aux accords anticoncurrentiels conclus à ce niveau. L'adjudicataire peut s'affranchir de ce risque en prévoyant une peine conventionnelle correspondante au profit de l'adjudicateur dans ses contrats avec ses fournisseurs et sous-traitants (alinéa 2, lettre a).

Alinéa 2, lettres b et c : L'alinéa 2 proposé par le secrétariat de la COMCO est important pour l'instrument du droit des cartels qu'est la réglementation de la dénonciation spontanée. Sans cette réglementation, il y a un risque que les entreprises participant à un cartel de soumission s'abstiennent de toute dénonciation spontanée du fait de la peine conventionnelle encourue ou que l'incitation à effectuer une dénonciation spontanée diminue fortement. Il serait ainsi plus difficile de détecter et de poursuivre les cartels de soumission, ce qui signifie que la peine conventionnelle perdrait elle aussi de son importance. Avec la réglementation de l'alinéa 2, en revanche, les entreprises concernées sont davantage incitées à effectuer une déclaration spontanée, ce qui favorise la découverte des cartels de soumission et les poursuites à leur encontre.

¹¹ Mette Damgaard, Gavan Conlon, Moritz Godel (London Economics) : The Nature and Impact of Hardcore Cartels. A Report to the Danish Competition Authority, London 2011: "In summary the bulk of the evidence seems to suggest that the median cartel overcharge is in the order of magnitude of 23-25% of the counterfactual price and the average cartel overcharge is in the order of magnitude of 46-49%. The fact that the median value is much lower than the average value suggests that a few cartels result in very high overcharges."

Alinéa 3 : Tous les marchés ne sont pas exposés aux mêmes risques en ce qui concerne les ententes illicites. Ce risque existe notamment pour les marchés dont le nombre de soumissionnaires est restreint, les conditions de marché sont stables, les progrès techniques minimes, les appels d'offres réguliers, les biens et services de même nature et les solutions de rechange peu nombreuses¹² – c'est-à-dire par exemple dans le secteur de la construction des routes. En l'absence de ces facteurs de risque, il est possible de renoncer à la peine conventionnelle ou d'en réduire le montant. Tel peut aussi être le cas lorsque l'adjudicateur ne peut imposer une disposition contractuelle correspondante en raison d'une position de faiblesse sur le marché par rapport à l'adjudicataire, par exemple quand un seul soumissionnaire entre en ligne de compte et que l'adjudicateur doit par conséquent attribuer le marché de gré à gré. En pareille situation, ce n'est pas l'existence d'un accord illicite affectant la concurrence qui pose problème au regard du droit de la concurrence, mais le cas échéant l'abus d'une position dominante sur le marché.

5.2.4 Article 6 – Collecte de données pour mettre en évidence des accords affectant la concurrence

Cette disposition met également en œuvre la motion 042-2019 Köpfli (Wohlen b. Bern, pvl) « Dopage en sport ou cartels en économie : même duperie, même peine ! », qui demande « de créer une base légale afin que la COMCO puisse exiger à tout moment, dans les délais et sous la forme qu'elle décidera, les documents nécessaires (p. ex. procès-verbaux d'ouverture des offres) à l'analyse systématique des ententes sur les prix ». L'Oi AIMP reprend à cette fin la disposition de l'article 26 OMP 2020, au sujet de laquelle l'OFCL émet le commentaire suivant : « Les évaluations statistiques des prix offerts permettent aux autorités de surveillance de la concurrence de révéler des accords affectant la concurrence et de rassembler des indices également en dehors des procédures en cours. »

5.2.5 Article 7 – Justificatifs

Alinéas 1 à 3 et annexe 1 : en vertu de l'article 26, alinéa 3 et de l'article 27, alinéa 3 AIMP 2019, l'adjudicateur indique dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres quelles preuves doivent être remises avec l'offre. L'OMP prévoit à l'article 4, alinéa 4 et à l'annexe 2 une liste indicative de justificatifs possibles. Dans le droit bernois, le BCCA doit en outre établir des certificats concernant ces pièces justificatives (alinéa 4). Cela suppose que tous les adjudicateurs demandent pour tous les marchés le même ensemble minimal de pièces justificatives pouvant être documentées sur le certificat, et éventuellement d'autres preuves, selon le marché. L'ensemble minimal de justificatifs à fournir n'était pas jusqu'à présent réglementé par la loi. Mais le formulaire de déclaration spontanée mis à disposition par le BCCA en vertu de l'article 19, alinéa 1, lettre b de l'ordonnance du 5 novembre 2014 sur l'organisation des marchés publics (OOMP), sur lequel celui-ci se fonde pour délivrer le certificat, a déjà entraîné dans une large mesure une normalisation de fait des pièces justificatives. Compte tenu de l'importance pratique des justificatifs, il est judicieux de les réglementer désormais dans la loi.

La liste des justificatifs requis conformément à l'annexe 1 découle notamment des exigences de l'article 12, de l'article 26, alinéa 3, de l'article 27, alinéa 3 et de l'article 44 AIMP 2019. Ne sont pas listés séparément à l'annexe 1 les justificatifs prouvant que les exigences légales sont satisfaites, qui doivent être fournis dans tous les cas non pas sous forme de document, mais par une attestation sur le formulaire de déclaration spontanée : c'est le cas par exemple pour le respect de la législation sur la protection de l'environnement, de la législation sur les cartels ou des conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) pour des prestations à l'étranger. Si l'adjudicateur a besoin d'autres justificatifs, que ce soit concernant les conditions de participation légales ou les critères et les exigences d'appel d'offres, il peut les demander.

¹² Commission de la concurrence, Merkblatt « Submissionsabreden bekämpfen » (en allemand)

La liste des justificatifs correspond dans sa teneur à la pratique actuelle selon le formulaire de déclaration spontanée et les certificats du BCCA, avec quelques nouveautés :

- *Dispositions sur la sécurité du travail et les conditions de travail (annexe 1, ch. 1) :*

L'association paritaire « Alliance construction », soutenue par des organisations aussi bien au niveau des employeurs que des travailleurs et travailleuses, exploite depuis 2020 la plateforme électronique « Système d'information Alliance Construction » (SIAC, isab-siac.ch), qui fournit de manière centralisée des informations à l'échelle de la Suisse pour l'exécution des conventions collectives de travail (CCT) des partenaires sociaux dans l'industrie de la construction. Ce système d'information offre aux organismes adjudicateurs, aux entrepreneurs généraux et totaux ainsi qu'aux maîtres d'ouvrages privés un accès à toutes les informations pertinentes pour le processus d'adjudication en ce qui concerne l'assujettissement et la conformité aux CCT des adjudicataires potentiels. Les entreprises et les organismes adjudicateurs peuvent à tout moment télécharger une « attestation CCT » portant une signature numérique, qui résume comme suit les résultats du dernier contrôle paritaire :

RÉSULTAT DE L'ATTESTATION

- ☐ Aucune information sur des manquements actuels au respect de la CCT
- ☒ La conformité à la CCT a été démontrée
- ☐ Des manquements actuels au respect de la CCT ont été constatés

Les soumissionnaires assujettis à une CCT qui est rattachée à cette plateforme doivent donc désormais fournir l'attestation correspondante. Pour les autres CCT, l'attestation de conformité établie par la commission paritaire compétente reste nécessaire.

Pour les soumissionnaires qui ne sont assujettis à aucune CCT, l'Oi AIMP admet une simple déclaration spontanée (comme c'est déjà le cas dans la pratique pour d'autres justificatifs). La pratique a en effet montré que l'attestation de l'organe de révision qui est parfois exigée se révèle peu significative et peu fiable (faute d'une CCT en tant que norme) et qu'elle peut entraîner des coûts supplémentaires pour les entreprises, ou qu'il n'est pas possible de l'obtenir selon l'organe de révision. Toutefois, les entreprises qui remettent une fausse déclaration spontanée risquent des poursuites pénales pour falsification de documents (art. 251 Code pénal, CP) ainsi que des sanctions relevant du droit des marchés publics et l'exclusion des procédures ou des amendes (art. 45, al. 1 AIMP 2019).

- *Travail au noir (annexe 1, ch. 5):*

L'article 12, alinéa 1 AIMP 2019 prévoit désormais comme condition de participation que les soumissionnaires respectent les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi fédérale sur le travail au noir (LTN¹³). Pour autant que l'on sache, le législateur de la LMP/ l'AIMP n'a émis aucun commentaire sur la mise en œuvre de cette disposition, qui dans son libellé renvoie bien à l'article 6 LTN : « L'organe de contrôle cantonal examine le respect des obligations en matière d'annonce et d'autorisation conformément au droit des assurances sociales, des étrangers et de l'imposition à la source. » Ces obligations sont donc déterminantes.¹⁴

Les obligations relevant du droit des assurances sociales et de la législation fiscale sont déjà largement couvertes par les autres justificatifs prévus à l'annexe 1. Pour les autres obligations, l'Oi AIMP admet une simple déclaration spontanée, assortie de la condition que le soumissionnaire ne figure pas sur la liste du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), publiée sur internet, des employeurs ayant

¹³ RS 822.41

¹⁴ Voir dans le Message type relatif à l'AIMP, p. 47, le commentaire de l'article 12, alinéa 5. Voir aussi Pandora Kunz-Notter dans: Hans-Rudolf Trüb (éditeur), Kommentar zu BôB und IVôB (à paraître), Art. 12 N 23. Selon ce commentaire de la LMP et de l'AIMP, sont visées « en particulier » ces obligations. Il ne précise cependant pas à quelles autres obligations le texte pourrait faire référence.

fait l'objet d'une sanction entrée en force conformément à l'article 13 LTN. Et ce, parce que l'obtention d'une attestation des organes de contrôle cantonaux semble peu significative : ces organes procèdent seulement par échantillonnage et n'ont pas connaissance de tous les manquements qui sont détectés et sanctionnés par les différentes autorités compétentes (p. ex. la caisse de compensation AVS). De plus, il n'est pas garanti que les organes de contrôle de tous les cantons soient disposés à établir de telles attestations ou en mesure de le faire.

Alinéa 4 : Cette disposition reprend l'article 20, alinéa 2 de l'ordonnance du 16 octobre 2002 sur les marchés publics (OCMP ; RSB 731.21) qui doit être abrogée, selon lequel le BCCA délivre contre rémunération (ch. 4.3 de l'annexe 6 à l'ordonnance sur les émoluments) des certificats attestant que les soumissionnaires ont fourni les pièces justificatives. Ces certificats peuvent être remis en lieu et place de ces justificatifs, ce qui simplifie la gestion des preuves par le soumissionnaire, et leur vérification par l'adjudicateur, puisqu'elles sont ainsi contrôlées par des spécialistes selon des critères standard. Il est désormais prévu, dans le prolongement de la pratique mise en place depuis la pandémie de coronavirus en 2020, que les justificatifs ne soient plus acceptés que sous forme numérique (documents scannés ou fichiers PDF originaux), et que le certificat ne soit aussi plus établi que sous cette forme (actuellement en tant que fichier PDF signé numériquement avec un certificat fédéral de classe B).

5.3 Procédure d'adjudication

5.3.1 Article 8 – Dialogue

Cette disposition correspond à l'article 6 OMP, que l'OFCL commente comme suit :

« Le dialogue est une étape mise en œuvre dans le cadre d'acquisitions complexes, de prestations intellectuelles ou de projets innovants. Compte tenu des coûts qu'il engendre et de l'investissement temporel qu'il requiert aussi bien du côté des adjudicateurs que des soumissionnaires, le dialogue constitue un instrument judicieux dans le cas d'appels d'offres pour lesquels le nombre de soumissionnaires est faible ou a été réduit, comme cela se fait par exemple dans une procédure sélective.

Al. 1

La concurrence est favorisée par le fait de mener un dialogue avec plusieurs soumissionnaires. Le nombre minimal de soumissionnaires qui doivent être invités à participer au dialogue, à savoir trois, correspond au nombre minimal de soumissionnaires qui, selon les prescriptions en vigueur, doivent être invités à présenter une offre dans la procédure sélective et dans la procédure sur invitation.

Al. 2

Il vaut la peine de conclure avec les soumissionnaires une convention réglant toutes les modalités du dialogue. Une indemnisation pour la participation au dialogue n'est due que dans la mesure où elle a été communiquée dans les documents d'appel d'offres. Afin de respecter l'égalité de traitement entre soumissionnaires, les conventions régissant le dialogue conclues dans le cadre d'une même procédure doivent avoir un contenu identique.

Al. 3

Les solutions ou procédés développés par un soumissionnaire dans le cadre du dialogue ne doivent être ni divulgués aux autres soumissionnaires, ni utilisés par l'adjudicateur sans le consentement du soumissionnaire concerné, cela afin de protéger les secrets d'affaires et les droits de propriété intellectuelle. Il s'agit de préserver l'intérêt que les soumissionnaires trouvent dans le dialogue et qu'ils perdraient s'il y avait un risque que des tiers s'approprient ou utilisent le fruit de leur travail. Leur consentement peut être recueilli dans le cadre du dialogue et doit alors être consigné

dans un procès-verbal. Il peut également être accordé par écrit. Il est possible d'acquérir, conformément à l'art. 24, al. 3, let. c, LMP révisée, les solutions ou procédés développés afin de pouvoir les utiliser ultérieurement. »

5.3.2 Article 9 – Questions sur les documents d'appel d'offres

Cette disposition correspond à l'article 8 OMP, que l'OFCL commente comme suit :

« *Al. 1*

Cette disposition reprend dans une large mesure l'actuel art. 17, al. 3, OMP; elle y ajoute les principales modalités concernant la phase de questions et réponses. En imposant un délai aux soumissionnaires pour poser leurs questions et à l'adjudicateur pour y répondre, elle évite le risque qu'un soumissionnaire soit avantagé en disposant d'informations supplémentaires.

Al. 2

Le délai de réponse aux questions sur les documents d'appel d'offres dépend de la complexité du marché et du nombre de questions. En principe, les réponses devraient être mises à la disposition des soumissionnaires dans un délai de cinq à sept jours ouvrables suivant l'expiration du délai de remise des questions. Pour éviter de raccourcir le temps imparti et respecter les délais minimaux de remise des offres fixés à l'art. 46, al. 2, LMP révisée, il convient de toujours répondre aux questions des soumissionnaires aussi vite que possible et de clore rapidement la phase de questions et réponses. »

La plateforme internet simap.ch offre un forum pour les échanges de questions-réponses.

5.3.3 Article 10 – Indemnisation des soumissionnaires

Cette disposition correspond à l'article 9 OMP, qui est commenté comme suit par l'OFCL :

« *Al. 1*

Cet alinéa correspond en substance à l'art. 23 de l'OMP actuellement en vigueur, tout en précisant que la participation à la procédure, soit par exemple l'élaboration d'une offre, ne donne droit à aucune indemnité. Les éventuelles prétentions en dommages-intérêts au sens de l'art. 58 LMP révisée sont réservées.

Al. 2

Des exceptions au principe de non-indemnisation sont prévues pour des prestations préalables qui représentent une charge de travail plus importante que celle qu'implique normalement la procédure et qui ne sont généralement pas fournies gratuitement (par ex. travaux d'étude préliminaires). Il incombe à l'adjudicateur de fixer le montant et les modalités de l'indemnisation, qui seront précisés dans les documents d'appel d'offres. Si ceux-ci sont muets sur la question de l'indemnisation, le principe selon lequel les soumissionnaires n'ont droit à aucune indemnité pour la participation à un appel d'offres s'applique. »

5.3.4 Article 11 – Sous-traitants

L'article 11 concrétise les dispositions des articles 26 et 31 AIMP 2019 sur le recours à des sous-traitants. Les prescriptions des alinéas 1 et 3 découlent déjà en principe de l'AIMP 2019, mais ils sont repris ici expressément afin de faciliter leur application dans la pratique.

Le recours à des sous-traitants est admis si cette possibilité n'a pas été exclue dans l'appel d'offres (art. 31, al. 1 AIMP), mais la prestation caractéristique doit en principe être fournie par l'adjudicataire. Celui-ci ne peut donc pas sous-traiter l'intégralité ou l'essentiel du marché adjugé, mais seulement des parties de celui-ci (art. 31, al. 3 AIMP 2019). La différence entre sous-traitant et fournisseur (toujours autorisé) de l'adjudicataire est la suivante : le sous-traitant fournit lui-même certaines parties de la prestation faisant l'objet du marché et il s'agit donc d'un auxiliaire de l'adjudicataire au sens de l'article 101 du droit des obligations (CO¹⁵) ; le fournisseur, quant à lui, fournit uniquement du matériel, des outils ou des prestations de travail isolées.¹⁶

Alinéa 1 : Il est très fréquent dans certaines branches de faire largement appel à des sous-traitants, parfois à plusieurs niveaux. Cela peut être judicieux au plan de l'exploitation et de l'économie, notamment pour favoriser la participation de petites ou moyennes entreprises (PME) aux marchés publics. Mais cela peut aussi compliquer dans la pratique le contrôle du respect des conditions de travail et d'autres prescriptions (p. ex. sur la protection de l'environnement). L'adjudicateur doit donc toujours savoir qui exécute quelle partie du marché, y compris parce que le soumissionnaire doit fournir la preuve que ses sous-traitants remplissent eux aussi les conditions de participation (art. 26, al. 1 AIMP 2019, cf. art. 7 Oi AIMP). En conséquence, les éventuels sous-traitants (autorisés) doivent par principe être désignés dans l'offre (al. 1).

Alinéa 2, lettre a : Les sous-traitants sont souvent assez nombreux, en particulier, dans les marchés de construction, et ils ne sont généralement pas tous déterminés au moment de l'offre. Pour tenir compte de cette réalité, l'adjudicateur peut autoriser dans l'appel d'offres que les sous-traitants soient désignés plus tard, mais dans tous les cas avant le début des travaux. Cela ne change rien au fait que l'adjudicataire doit aussi fournir dans ce cas les justificatifs requis pour ses sous-traitants. Si les sous-traitants ne sont pas annoncés, que les justificatifs ne sont pas fournis ou qu'ils sont incomplets, il faudra exclure l'offre ou révoquer l'adjudication (cf. art. 44 AIMP 2019), à moins que le soumissionnaire ne remplace, dans un délai plus court restant à fixer, le sous-traitant ne présentant pas les justificatifs requis par un autre répondant à l'exigence de preuves.

Alinéa 2, lettre b : Dans le cas de marchés impliquant un grand nombre de sous-traitants, la vérification de tous les justificatifs pour tous les sous-traitants de tous les soumissionnaires peut occasionner une charge disproportionnée aussi bien pour l'adjudicateur que pour le soumissionnaire. L'appel d'offres peut donc prévoir que les justificatifs requis soient fournis pour les sous-traitants sous la forme du certificat établi par l'OIO. Il appartient aux soumissionnaires et à leurs sous-traitants de demander ce certificat en temps utile.

Alinéa 3 : Pour des raisons de clarté, cette disposition précise que les sous-traitants désignent aussi les sous-traitants des sous-traitants, leurs sous-traitants et ainsi de suite.¹⁷

L'inobservation de ces prescriptions entraîne, avant l'adjudication, l'exclusion de l'offre correspondante (art. 44, al. 1, lit. a AIMP 2019) ; après l'adjudication, elle constitue une violation du contrat qui peut conduire à la révocation du marché (voir aussi l'art. 44, al. 1, lit. a AIMP 2019) et que l'adjudicateur peut sanctionner en vertu de dispositions contractuelles, par exemple en prévoyant une peine conventionnelle correspondante dans ses conditions générales.

5.3.5 Article 12 – Obligations en matière de documentation

Cette disposition correspond à l'article 10 OMP, que l'OFCL commente comme suit :

¹⁵ RS 220

¹⁶ Beat Joss in: Hans Rudolf Trüeb [éditeur], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Schulthess 2020, Art. 31 N 18.

¹⁷ Cf. Joss, N 17.

« Pour assurer la transparence du processus ayant conduit à la décision d'adjudication et permettre de le retracer, il est nécessaire de documenter les étapes formelles de la procédure. En cas de recours, le requérant a le droit de consulter tous les documents pris en compte dans le processus de décision. Cela ne s'applique toutefois pas durant la procédure de première instance (voir art. 51, al. 1, LMP révisée). Ce droit ne porte pas sur l'ensemble des actes établis au cours d'une procédure d'adjudication: les processus internes (par ex. délai fixé à l'interne ou attribution de compétence interne) qui n'ont aucune influence sur la décision au sens de l'art. 53, al. 1, LMP révisée, ne sont pas soumis à l'obligation de documentation, ni à la consultation des pièces prévue dans le cadre d'un recours. »

5.3.6 Article 13 – Conclusion du contrat

Alinéas 1 et 2 : Ces dispositions correspondent à l'article 11 OMP, que l'OFCL commente comme suit :

« Al. 1

La conclusion et le contenu du contrat doivent être documentés de manière à pouvoir être révisés et retracés, c'est pourquoi les contrats doivent être conclus par écrit. L'expression « par écrit » ne signifie pas que seule une signature manuscrite sur papier fasse naître une obligation contractuelle. Cela comprend également, par exemple, l'échange de courriers électroniques ou la conclusion de contrats sous forme électronique. L'adjudicateur est libre d'exiger une forme spécifique en matière de conclusion du contrat (par ex. avec signature ou avec signature électronique qualifiée au sens de la loi sur la signature électronique) dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Les contrats conclus oralement ou tacitement ne répondent pas aux exigences susmentionnées. Un contrat conclu oralement n'est envisageable qu'en cas d'urgence, par exemple pour les interventions de sauvetage. Il doit ensuite être concrétisé par écrit.

Al. 2

Cet alinéa reprend le contenu de l'art. 29, al. 3, de l'OMP actuellement en vigueur. »

Les conditions générales de l'Etat (dont les modèles de contrats font aussi partie) doivent normalement s'appliquer pour les marchés publics parce que c'est nécessaire pour que les offres puissent être comparées. En effet, si des offres ne se fondent pas par exemple sur les mêmes délais de garantie, clauses de responsabilité ou règles en cas de retard, elles ne seront pas équivalentes même si elles prévoient une qualité et un prix identiques. De plus, les conditions générales des soumissionnaires sont souvent fixées de manière unilatérale à leur avantage.

Il est justifié de déroger au principe de l'application des conditions générales de l'Etat lorsqu'une concurrence effective ou une adjudication ne serait pas possible autrement, en raison des particularités de la prestation ou de la situation sur le marché. Dans le cas où l'Etat est par exemple confronté à un soumissionnaire qui occupe une position dominante sur le marché, ou bien si un seul soumissionnaire entre en ligne de compte pour la prestation demandée ou qu'il fournit des prestations complexes très normalisées (p. ex. « Software as a service »), celui-ci pourra souvent imposer ses propres conditions contractuelles.

Alinéa 3 : Le canton dispose de conditions générales propres aussi bien pour les contrats généraux de fournitures et de services que pour les prestations de construction, en matière de technologies de l'information et de la communication (TIC) et dans d'autres domaines spécifiques. Pour les travaux de construction s'appliquent notamment la norme SIA 118 et les conditions générales des contrats de la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (KBOB). En ce qui concerne les prestations TIC, le canton observe les conditions générales de la Conférence suisse sur l'informatique (CSI). Les conditions générales du canton sont accessibles à l'adresse

<http://www.be.ch/agb>. Tout adjudicataire n'appartenant pas à l'administration cantonale peut appliquer les conditions générales du canton s'il ne souhaite pas élaborer ses propres CG.

5.3.7 Article 14 – Publications

Comme déjà le droit en vigueur, l'AIMP 2019 prévoit la publication sur la plateforme internet simap.ch de tous les appels d'offres, adjudications et interruptions dans les procédures ouvertes ou sélectives (art. 48, al. 1 AIMP 2019), et ce avec les indications mentionnées à l'article 48, alinéa 6 AIMP 2019. Ce qui est nouveau, c'est que l'adjudicateur peut notifier la décision aux soumissionnaires en même temps que la publication. Dans ce cas, la publication de la décision doit comprendre aussi la motivation sommaire de l'adjudication et indiquer les voies de recours (art. 51 AIMP 2019). Mais l'adjudicateur peut aussi comme auparavant informer les soumissionnaires par le biais d'une décision distincte puis publier l'adjudication seulement après son entrée en force, si bien que la publication n'a plus qu'un rôle d'information.

Conformément à l'article 48, alinéa 1 AIMP 2019, les cantons doivent publier les adjudications de gré à gré sans considération des valeurs seuils (p. ex. en raison de l'urgence du marché, cf. article 21 AIMP 2019) uniquement pour des marchés soumis aux accords internationaux. En revanche, la Confédération est tenue en vertu de l'article 48, alinéa 1 LMP de publier les adjudications de gré à gré dès que la valeur des marchés atteint la valeur seuil déterminante pour les procédures ouvertes et sélectives. La raison de cette différence réside dans le fait que les engagements de la Suisse en vertu du droit international diffèrent aux plans national et infranational conformément à l'article XVI:4 de l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (AMP 2012¹⁸) en lien avec les annexes 1 à 3 de la Suisse.

La disposition de l'AIMP 2019 marquerait un recul, en termes de transparence et d'efficacité de la protection juridique, par rapport au droit actuel qui prévoit la publication dès que les valeurs seuils de la procédure ouverte et de la procédure sélective sont atteints (art. 6, al. 2 LCMP). Car les soumissionnaires concurrents ne peuvent pas contester la légitimité d'une décision d'adjudication de gré à gré sans en avoir connaissance. L'article 14 prescrit par conséquent que les adjudications correspondantes sont publiées dans les mêmes conditions qu'auparavant. Le contrat peut être conclu seulement à l'issue du délai de recours qui commence à courir lors de la publication (art. 42, al. 1 AIMP 2019).

5.3.8 Article 15 – Débriefing

Cette disposition correspond à l'article 12 OMP, sauf que l'anglicisme « Débriefing » est remplacé par « entretien » dans le texte. L'OFCL fournit sur cet article le commentaire suivant :

« Le débriefing, qui se déroule généralement peu après l'adjudication, consiste en une rencontre individuelle (réelle ou virtuelle) avec un soumissionnaire n'ayant pas obtenu le marché, durant laquelle l'adjudicateur informe ledit soumissionnaire des raisons ayant conduit au rejet de son offre. L'adjudicateur peut, de sa propre initiative, inviter des soumissionnaires qui n'ont pas été retenus s'il l'estime utile. Cela permet souvent d'éviter qu'un soumissionnaire interjette recours. Les indications que le soumissionnaire reçoit dans le cadre de ce débriefing peuvent en outre lui être utiles pour ses futures offres.

Le débriefing peut également avoir lieu après l'expiration du délai de recours. Au lieu d'être indiqués au soumissionnaire dans le cadre d'un débriefing, les motifs du rejet de l'offre peuvent lui être communiqués par écrit, dans le respect de l'art. 51, al. 4, LMP révisée. »

¹⁸ FF 2017 2013

La confidentialité sur le contenu des offres des autres soumissionnaires doit également être observée dans le cadre du débriefing. Cet entretien se focalisera par conséquent sur l'évaluation de l'offre dont il est question.

5.3.9 Article 16 – Formation des personnes chargées des achats

La professionnalisation du domaine des marchés publics est une condition essentielle de la réalisation des objectifs politiques de l'AIMP 2019 – à savoir une concurrence plus qualitative et une meilleure prise en compte du développement durable dans ces marchés. Jusqu'à présent, il n'existait guère de normes professionnelles concernant la formation des personnes chargées des achats publics et le déroulement des procédures d'appel d'offres public. Seules la pratique judiciaire et la recherche juridique ont établi quelques principes, et l'administration fédérale a proposé un programme de formation destiné à ses acheteurs et acheteuses. Dans le secteur des achats privés, l'association procure.ch propose toute une palette de formations dont les contenus ne sont toutefois qu'en partie transposables au domaine des marchés publics fortement marqué par des spécificités politiques et juridiques. Il arrive par conséquent, à l'heure actuelle, que des personnes ne possédant qu'une connaissance rudimentaire des marchés publics ou très peu d'expérience dans ce domaine mènent d'importantes procédures d'achats pour le compte du canton ou des communes.

Or cela est à différents points de vue problématique. En effet, les personnes peu expérimentées ou peu compétentes au plan méthodologique commettent souvent des erreurs dans l'application de la législation sur les marchés publics, ce qui risque de donner lieu à des recours ou entraîne une exécution insatisfaisante des consignes légales. Mais le principal problème est que ces personnes ne connaissent pas les différentes méthodes pour déterminer les exigences et les transposer de manière appropriée dans des spécifications techniques ou dans des critères d'aptitude et d'adjudication. Avec des critères inadéquats ne permettant pas de départager clairement les bonnes des mauvaises offres, toutes les offres peuvent remplir plus ou moins bien (ou mal) les critères, si bien que seul le prix est déterminant et que l'objectif de concurrence qualitative visé par l'AIMP 2019 n'est pas réalisé. Il en va de même lorsque l'adjudicateur renonce totalement ou en grande partie, pour des raisons de commodité ou d'incompétence, à définir des critères de qualité.

En vue de l'élaboration de la nouvelle législation, les organisations de la Confédération et du canton de Berne chargées des marchés publics ont fondé le « Groupement d'intérêt pour les diplômes fédéraux dans le domaine des marchés publics » (www.iaoeb.ch), association responsable depuis 2019 du diplôme fédéral de « Spécialiste des marchés publics avec brevet fédéral ». Cette formation spécialisée donne aux professionnel·les les compétences nécessaires pour gérer les marchés publics suivant une méthodologie irréprochable, dans le respect du droit et des principes de durabilité. L'Université de Berne (Forschungsstelle Digitale Nachhaltigkeit) et l'association procure.ch sont certifiées pour offrir les cours correspondants, qu'elles dispensent depuis 2020 ; d'autres organismes de formation suivront. Ces cours coûtent actuellement entre 7 400 et 8 900 francs par personne (pour le module de base environ 1 600 francs), dont la moitié est prise en charge par la Confédération.¹⁹

Pour garantir que le déroulement des procédures d'appel d'offres public soit conforme au droit et réponde à des normes de qualité élevées, l'article 16 exige maintenant que, dans le cas au moins des adjudicateurs qui réalisent régulièrement des procédures d'appel d'offres ouvertes ou sélectives, les personnes responsables des achats disposent en règle générale du brevet fédéral de spécialiste des marchés publics ou d'un diplôme équivalent. Cela concerne donc les communes ou offices de taille assez importante, ou les centrales d'achat de l'administration cantonale, mais pas les plus petits adjudicateurs qui effectuent de temps à autre des achats isolés. Cette règle doit permettre dans un premier temps de couvrir la majeure partie des appels d'offres publics, sans surcharger les cours disponibles. L'extension

¹⁹ Voir à ce sujet les indications du Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation SEFRI à l'adresse becc.admin.ch/becc/public/sufl/.

de cette obligation de formation à tous les adjudicateurs pourra être envisagée dans une étape ultérieure. En tout état de cause, il est recommandé aux plus petits adjudicateurs qui n'ont pas intérêt à engager et à former au brevet fédéral leur propre acheteur ou acheteuse, de s'associer pour leurs appels d'offres à un organe adjudicateur plus important ou de recourir aux services d'une entreprise privée dont le personnel dispose d'une formation adéquate.

Comme formation de référence, l'alinéa 2, lettre a mentionne le module 1 du brevet fédéral de spécialiste des marchés publics, qui est dispensé en 3 jours. Parmi les formations équivalentes figure le cours intitulé « Introduction aux marchés publics » de l'Office fédéral des constructions et de la statistique (OFCL), qui est sanctionné par un certificat. La ville de Berne propose une formation diplômante pour les secrétaires communaux et les administrateurs-trices des bâtiments qui peut aussi être considérée comme équivalente lorsqu'elle est complétée pour correspondre aux bases prévues à l'alinéa 2, lettre a. Le BCCA renseigne sur les formations équivalentes sur son site internet.

L'article 16 n'entrera en vigueur qu'après une période transitoire de trois ans (art. 23), afin de laisser suffisamment de temps aux services d'achat pour former leur personnel. Par ailleurs, la précision « en règle générale » doit permettre aux adjudicateurs, par exemple, de faire travailler tout de suite les acheteurs ou acheteuses nouvellement engagé-es, sans attendre qu'ils ou elles aient suivi la formation requise – qui pourrait ne pas être immédiatement disponible.

Comme cette disposition vise à protéger des intérêts publics, et non privés, sa violation n'impliquera pas en règle générale qu'une procédure d'adjudication réalisée par une personne insuffisamment qualifiée puisse être annulée pour cette simple raison sur recours de soumissionnaires. Mais l'instance de recours reste libre de tenir compte d'une formation insuffisante dans sa décision d'invalider une procédure d'adjudication par ailleurs irrégulière, ou pour cette raison de s'interroger plus précisément sur l'appréciation de l'adjudicateur par exemple lors de la définition et de l'application des critères.

5.4 Langues

L'AIMP 2019 ne fournit pas d'indication sur la langue de la procédure ou des offres, si ce n'est que « pour les marchés non soumis aux accords internationaux, il convient de tenir compte de la langue du lieu où le marché sera exécuté » (art. 48, al. 5 AIMP 2019). Les cantons sont donc libres, dans ce cadre, de continuer à réglementer eux-mêmes les aspects ayant trait à la langue de la procédure d'adjudication. L'Oi AIMP reprend fondamentalement la réglementation existante.

5.4.1 Article 17 – Langue de la procédure

Cette disposition correspond à la réglementation existante de l'article 8 OCMP, avec quelques adaptations rédactionnelles.

5.4.2 Article 18 – Langue de l'invitation ou de l'appel d'offres

Cette disposition correspond en substance à la réglementation existante de l'article 9, alinéa 2 OCMP. Elle garantit donc aussi la publication éventuelle, prévue à l'article 48, alinéa 4 AIMP 2019, d'un résumé dans une des langues officielles de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), en l'occurrence le français.

5.5 Article 19 – Langue de l'offre

Alinéa 2 : Dans la pratique, les pièces jointes aux offres (comme les descriptions de produits ou la documentation) sont souvent fournies en anglais, surtout dans le cas de prestations techniques. Si une entreprise de Suisse francophone ou italophone remet une offre, ses justificatifs (art. 7) seront généralement aussi, selon le cas, en français ou en italien. L'alinéa 2 indique clairement que cela est admis.

Alinéa 3 : L'adjudicateur peut prévoir une réglementation différente pour la langue de l'offre. Il est libre par exemple d'autoriser des offres dans d'autres langues afin de renforcer la concurrence. Il peut aussi, faute des connaissances linguistiques requises, exclure des annexes fournies dans d'autres langues – pour autant que cette décision ne repose pas sur des intentions discriminatoires.

5.6 Article 20 – Surveillance

Alinéa 1 : Cette disposition correspond en substance à l'article 30, alinéa 2 OMP.

Alinéa 2 : Le Message type fournit ce commentaire au sujet de l'article 62, alinéa 1 AIMP 2019 : « En plus d'assurer le contrôle juridictionnel des procédures de recours, les cantons veillent au respect du présent accord par les adjudicateurs et les soumissionnaires. Pour ce faire, ils sont libres de désigner un organe de contrôle cantonal ou une instance de surveillance. » C'est chose faite avec l'alinéa 2 de l'article 20.

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 (p. ex. quand ils ne lancent pas d'appel d'offres public conformément aux prescriptions). 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. Une procédure de recours implique des charges, elle est liée à des délais serrés et ne peut conduire au versement de dommages-intérêts pour des marchés manqués – ce qui la rend souvent peu attrayante pour le soumissionnaire. C'est pourquoi l'instrument que constitue la dénonciation à l'autorité de surveillance (art. 101 de la loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives, LPJA ; RSB 155.21) se justifie aussi dans le droit des marchés publics.

Les compétences en matière de surveillance prévues aux lettres a et b résultent déjà de la subordination hiérarchique des autorités, et celles prévues aux lettres d à f découlent des actes législatifs qui y sont mentionnés. Ces dispositions relatives aux compétences sont donc purement déclaratoires et indiquées ici à titre récapitulatif. Toutefois, la lettre d établit clairement que les Directions compétentes doivent confier au Conseil-exécutif les affaires de surveillance relevant de leur domaine ; par exemple la Direction de la santé, des affaires sociales et de l'intégration pour les marchés des hôpitaux ou la Direction de l'instruction publique et de la culture pour les marchés des hautes écoles. En ce qui concerne les marchés des autorités judiciaires (lit. c), seule la Direction de la magistrature peut jouer le rôle d'autorité de surveillance en raison de la séparation des pouvoirs. Le Grand Conseil doit pour sa part exercer lui-même la surveillance sur les affaires relevant du droit des marchés publics. Par ailleurs, les autorités de surveillance peuvent faire appel aux services du BBKA pour les assister dans leur activité (art. 19, lit. o OOMP).

5.7 Article 21 – Exécution

Cette disposition est analogue à l'article 30, alinéa 1 OMP.

5.8 Articles 22 à 24 – Dispositions transitoires et dispositions finales

L'Oi AIMP entre en vigueur en même temps que la LAIMP et que l'adhésion du canton à l'AIMP 2019. Les adjudicateurs disposent d'une année supplémentaire pour la création d'un service d'enregistrement des irrégularités, dans la mesure où il est encore nécessaire (art. 4), et de trois ans pour la formation de leur personnel (art. 15).

5.9 Modifications indirectes de l'OOMP

Article 6a (nouveau) : L'un des objectifs du nouveau droit des marchés publics consiste à renforcer la prise en compte de la durabilité aux plans écologique, social et économique.²⁰ L'AIMP 2019 définit la manière dont cet objectif est réalisé, notamment par le choix et la pondération de critères appropriés (art. 27, 29, 30 AIMP 2019) dans l'appréciation des différents adjudicateurs, respectivement des autorités exécutives auxquelles ils sont subordonnés. Compte tenu de cette réglementation du droit de rang supérieur et du fait de l'autonomie des communes, le canton de Berne ne peut pas édicter des prescriptions plus poussées sur la prise en compte de critères de durabilité qui s'imposeraient à tous les adjudicateurs cantonaux. Mais le Conseil-exécutif peut donner des instructions correspondantes à l'administration cantonale qui lui est subordonnée, ce qu'il fait ici ; les autres organes adjudicateurs (p. ex. les communes) peuvent faire de même vis-à-vis de leurs services d'achat. Etant une ordonnance administrative, cette disposition, comme le reste de l'OOMP, ne peut pas être invoquée devant un tribunal.

L'article 6a exige des services d'achat centralisés ou décentralisés de l'administration cantonale qu'ils tiennent compte du caractère durable de leurs achats en prévoyant à cette fin des critères appropriés, dans la mesure où la nature des prestations le permet. Il met ainsi en application, notamment, les consignes de l'article 31 de la Constitution cantonale relatif à la protection de l'environnement, ainsi que le Programme gouvernemental de législature 2019 à 2022 qui se fixe comme ligne directrice le développement durable.²¹ Le Bureau central de coordination des achats veillera à ce que les services d'achat disposent d'outils concernant les achats durables, par exemple sur la Plate-forme de connaissances sur les achats publics responsables (PAP) de la Confédération.

L'alinéa 3 concrétise le principe de la durabilité économique, en prévoyant que soient pris en compte les coûts du cycle de vie au sens de l'article 29, alinéa 1 AIMP 2019 (« *total cost of ownership* »), pour autant qu'il soit possible de les déterminer. Mais les critères de durabilité doivent aussi avoir un lien objectif à l'objet concret de l'achat et ne doivent pas servir à des fins protectionnistes.²² Ils ne sauraient non plus entraver de manière excessive une concurrence efficace, qui demeure essentielle pour les marchés publics : « En tout état de cause, le principe supérieur reste la rentabilité de l'achat au sens du rapport coût-utilité. Le droit des marchés publics n'est au service ni de la politique sociale, ni de la politique de l'environnement. »²³

Article 12 (abrogé) : La surveillance étant désormais réglementée de manière plus circonstanciée dans l'article 19 Oi AIMP, cette disposition de l'OOMP peut être supprimée.

Article 19, lettre n (nouvelle) : Si nécessaire, les autorités de surveillance peuvent faire appel au BCCA en vertu de l'article 19, alinéa 2 Oi AIMP pour obtenir son avis éclairé ou pour se faire assister dans la préparation des mesures de surveillance.

²⁰ Voir l'article 2 AIMP 2019, dont la lettre a prévoit, uniquement dans le texte allemand, des effets durables au plan de l'économie nationale. Si tant est que cela signifie de favoriser les soumissionnaires suisses ou du canton considéré, cet objectif ne peut cependant être réalisé en raison de l'interdiction de toute discrimination prévue dans le droit supérieur relatif au marché intérieur et de l'OMC (voir Hans Rudolf Trüb, in: ders. [éditeur], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Schulthess 2020, Art. 2 N 8, N 13).

²¹ Programme gouvernemental de législature p. 3.

²² Trüb, op.cit., Art. 2 N 17.

²³ Trüb, op.cit., Art. 2 N 18 (trd)

Article 21, alinéa 2 (abrogé) : Cette disposition prévoyait que les instances de recours internes à l'administration communiquent au BCCA leurs décisions sur recours dans le domaine des achats. Comme ces instances sont supprimées avec l'article 52, alinéa 1 AIMP 2019, elle est désormais sans objet.

Annexe 1 : Le chiffre 1 est modifié en ce qui concerne les prestations postales faisant l'objet d'achats centralisés, afin de refléter la décision du Conseil-exécutif prévue dans l'ACE 104/2018 du 7 février 2018 prévoyant que la CAC pour le matériel de bureau et le courrier soit aussi chargée à partir du 1^{er} janvier 2019 des envois spéciaux (recommandés, courrier A+, paquets, actes judiciaires et actes de poursuites, commandements de payer, courrier pour l'étranger). De plus, les enveloppes de l'administration centrale sont aussi mentionnées dans les achats centralisés.

5.10 Modification indirecte d'autres ordonnances

Annexe 6 à l'OEmo : Le tarif de l'émolument perçu pour le certificat au sens de l'article 7, alinéa 4 Oi AIMP doit faire référence à cette nouvelle base légale. De plus, il passe de 100 à 150 francs. Cette augmentation découle du fait que bien souvent, les commandes de certificats nécessitent une correspondance et des prestations de conseil coûteuses, jusqu'à ce que l'auteur-e de la demande ait tous les justificatifs requis.

Article 9 OOT : Les dispositions sur la conclusion de conventions de prestations avec les entreprises de transport font référence aux motifs d'exclusion des marchés publics au sens de l'OCMP. Elles doivent maintenant se référer à l'AIMP 2019 qui régit désormais les motifs d'exclusion.

La Direction de l'intérieur et de la justice devra en outre adapter séparément le chiffre 7.10 de l'annexe 1 à l'Ordonnance de Direction sur la gestion et l'archivage des documents des collectivités de droit public au sens de la loi sur les communes et de leurs établissements (ODArch communes ; RSB 170.711). Celui-ci prévoit un délai de conservation de trois ans pour les documents relatifs aux soumissions. Le renvoi à la norme correspondante devra désormais mentionner l'article 49, alinéa 1 AIMP 2019.

5.11 Abrogation de l'OCMP

L'AIMP 2019 et l'Oi AIMP remplacent l'OCMP, qui est donc abrogée.

6. Répercussions financières

Voir les développements correspondants dans le rapport sur la LAIMP.

La formation des personnes chargées des achats prévue à l'article 16 va coûter aux adjudicateurs publics du canton de Berne pour la première fois au total quelque 104 000 francs. Cette estimation se fonde sur les bases suivantes : le module 1 du brevet fédéral de spécialiste revient environ à 800 francs nets par personne.²⁴ Selon les données de simap.ch, il y avait en 2019 dans le canton de Berne 65 adjudicateurs engagés dans plusieurs appels d'offres, qui seraient donc tenus suivant l'article 16 de faire appel à du personnel dûment formé – en tablant sur l'hypothèse que chacun de ces adjudicateurs formera en moyenne deux personnes. Ces coûts sont contrebalancés par le profit retiré d'une exécution des achats publics plus professionnelle et davantage axée sur la qualité et la durabilité.

²⁴ Coût du module à l'Université de Berne selon les indications publiées en novembre 2020 sur son site, à l'adresse https://www.digitale-nachhaltigkeit.unibe.ch/weiterbildung/eidg_fa_spezialist_in_oeffentliche_beschaffung : CHF 1600, dont la moitié est prise en charge par la Confédération. Les coûts peuvent être différents auprès d'autres organismes de formation.

7. Répercussions sur les communes, sur le personnel, sur l'organisation et sur l'économie

Voir les développements correspondants dans le rapport sur la LAIMP.

Des charges supplémentaires sont à prévoir pour les adjudicateurs autonomes du canton du fait de la mise en place d'un service d'enregistrement des irrégularités (art. 4). Mais elles seront largement compensées par la détection et la dissuasion des cartels d'achat générateurs de coûts et des violations du droit des marchés publics (cf. ci-dessus, dans le commentaire de l'art. 4, les économies procurées par de tels services).

8. Résultats de la procédure de consultation

(Texte inséré à l'issue de la procédure de consultation.)

9. Proposition

La Direction des finances propose de fixer l'entrée en vigueur de la présente ordonnance au 1^{er} août 2021.