



Loi portant introduction de l'accord inter-cantonal sur les marchés publics (LiAIMP)

Version pour la procédure de consultation, mai 2020

Sommaire

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

Rapport du Conseil-exécutif au Grand Conseil sur la loi portant introduction de l'accord intercantonal sur les marchés publics (LiAIMP)

1. Synthèse

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

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

L'AIMP 2019 a été adopté à l'unanimité en novembre 2019 par la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP), en sa qualité d'autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp). Il a été élaboré par des spécialistes des cantons et de la Confédération, en même temps que la nouvelle loi fédérale sur les marchés publics (LMP 2019), dans une large mesure identique, que le Parlement fédéral a adoptée à l'unanimité le 21 juin 2019.¹

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

2. Situation initiale

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

Le canton de Berne avait déjà adhéré à l'AIMP du 25 novembre 1994 modifié le 15 mars 2001 (AIMP 2001).³ Si ce concordat, qui va maintenant être remplacé, harmonisait certaines grandes lignes de la législation sur les marchés publics des cantons, il laissait aussi une grande marge de manœuvre au droit cantonal. C'est la raison pour laquelle le droit bernois comporte des textes législatifs en la matière, à savoir la loi du 11 juin 2002 sur les marchés

¹ [FF 2019 4505](#), [Curia Vista 17.019](#)

² [FF 2017 2013](#), [FF 2019 4413](#), [Curia Vista 17.020](#)

³ RSB 731.2-1

publics ([LCMP](#))⁴ et l'ordonnance du 16 octobre 2002 y relative ([OCMP](#))⁵. L'AIMP 2019, en revanche, règle fondamentalement toute la législation sur les marchés publics. Il n'y a donc plus de place pour la LCMP et l'OCMP qui doivent être abrogées. Elles seront remplacées par des dispositions d'exécution de l'AIMP 2019 plus restreintes.

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

La « clause des niveaux de prix » de l'article 29, alinéa 1 de la LMP 2019 pourrait faire l'objet d'un débat politique dans le canton de Berne. Cette disposition entend améliorer la situation des soumissionnaires suisses par rapport aux étrangers qui profitent d'un niveau de prix inférieur. Etant donné qu'elle enfreint la législation de l'OMC, elle ne peut être appliquée qu'en dehors du domaine des accords internationaux, donc pour des marchés de relativement petite envergure. Le Parlement fédéral a inscrit cette clause dans la LMP 2019 à l'encontre de la proposition du Conseil fédéral. Le Conseil-exécutif estime quant à lui que cette clause n'apporte aucune plus value ni aux Bernois ni à l'économie suisse: les marchés publics de petite envergure sont de toutes façons déjà adjugés dans leur grande majorité à des soumissionnaires suisses (pour les 541 adjudications qu'a publiées le canton de Berne sur [simap.ch](#) en 2019, les marchés ont tous été attribués à des entreprises ayant leur siège en Suisse) et la mise en œuvre d'une telle disposition serait non seulement peu claire quant à la méthode à utiliser mais aussi fastidieuse pour les soumissionnaires comme pour les adjudicateurs. La DTAP a donc refusé de l'inscrire dans l'AIMP 2019. La motion 001-2020 a pourtant exigé que la clause des niveaux de prix soit appliquée dans le canton de Berne. Le Bureau du Grand Conseil a rejeté la motion à cause de la procédure législative en cours sur la LiAIMP. La DTAP a mandaté MM. Hans Ruedi Trüeb et Martin Zobl pour réaliser un avis de droit au sujet de la clause des niveaux de prix, qu'elle entend remettre aux cantons en juin 2020 et publier ultérieurement. Selon un communiqué de la DTAP, l'avis de droit (*traduction*) parvient à la conclusion que *« la clause des niveaux de prix n'est conforme au droit que dans un petit nombre de cas. Sa mise en œuvre pratique placerait en outre les adjudicateurs et les tribunaux devant des questions compliquées d'appréciation et d'interprétation. Il manque en effet des critères de mesure appropriés et judiciairement contrôlables de la manière dont une correction de prix devrait le cas échéant être concrètement effectuée. L'avis de droit présente des approches alternatives permettant de mieux atteindre l'objectif pour tenir compte des besoins des PME. »* Il faudra prendre en compte ces recommandations lors de l'élaboration des dispositions d'exécution.

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

Pour un aperçu de l'AIMP 2019, nous renvoyons au message type joint en annexe (p. 7 et suivantes).

L'AIMP 2019 ne change pas grand-chose à la législation sur les marchés publics dans le canton de Berne, en tous cas presque rien aux valeurs seuil et rien aux types de procédures. Il apporte toutefois quelques changements par rapport au droit actuel, dont les principaux sont récapitulés ci-après. Les modifications résultant éventuellement des dispositions d'exécution n'y sont pas encore prises en compte.

3.1 Chapitre 1 Objet, but et définitions

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

⁴ RSB 731.2

⁵ RSB 731.21

Cette utilisation « économique » durable des deniers publics, que le Parlement fédéral a introduite dans la LMP 2019 et qui a été reprise à partir de là, reflète une attente politique de prise en compte accrue d'entreprises suisses (message type, p. 25). Le droit supérieur fixe toutefois des limites étroites : la loi fédérale sur le marché intérieur ([LMI, art. 5](#)) interdit toujours de désavantager des soumissionnaires d'autres cantons. Et l'Accord de l'OMC sur les marchés publics ([AMP 1994](#)⁶ et désormais AMP 2012), dans la mesure où il est applicable, interdit également toute discrimination de soumissionnaires des autres Etats membres de l'AMP, par exemple des pays de l'UE.

3.2 Chapitre 2 Champ d'application

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

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

La législation sur les marchés publics vaut désormais explicitement aussi pour la délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession (art. 9 AIMP 2019). La législation cantonale peut à nouveau exclure cette validité. Mais cela est dans de nombreux cas inutile parce qu'un appel d'offres n'est pas nécessaire, ne serait-ce qu'à cause des exceptions énoncées à l'article 10 AIMP 2019: si par exemple une commune délègue la tâche d'éliminer les déchets à une entreprise lui appartenant, celle-ci peut en général obtenir ce mandat sans appel d'offres, soit à titre de collectivité assumant des tâches publiques et devant elle-même soumettre ses mandats à une procédure d'appel d'offres (art. 4, al. 4 AIMP 2019) conformément au privilège «in-state» (art. 10, al. 2, lit. b AIMP 2019), soit à titre d'entreprise fournissant l'essentiel de ses prestations au propriétaire conformément au privilège «quasi-in-house» (art. 10, al. 2, lit. d AIMP 2019). Les marchés peuvent aussi être passés avec des organisations d'intérêt général sans mener de procédure d'adjudication (art. 10, al. 1, lit. e AIMP 2019). Mais il est toujours interdit à une commune de procéder à une adjudication sans appel d'offres en se fondant sur une loi communale.

3.3 Chapitre 3. Principes généraux

L'AIMP 2019 formule plus concrètement les exigences concernant le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail, de l'égalité salariale entre femmes et hommes et du droit de l'environnement (art. 12 AIMP 2019). Les soumissionnaires doivent imposer ces obligations à leurs sous-traitants. Les soumissionnaires étrangers doivent dorénavant respecter à l'étranger au minimum les accords internationaux sur le travail et sur l'environnement. Le respect de ces exigences peut être vérifié de manière centralisée par une autorité de contrôle appropriée.

L'article 14 AIMP 2019 assouplit la pratique auparavant très stricte en ce qui concerne la pré-implication du personnel des services d'achat et des soumissionnaires. Ainsi, les soumissionnaires qui ont participé à la préparation d'une procédure d'adjudication ne doivent plus désormais être exclus lorsque l'avantage concurrentiel qu'ils ont ainsi acquis peut être compensé ou qu'aucune concurrence ne serait autrement possible. Une étude de marché (p. ex. renseignements auprès des soumissionnaires ou demande d'information) n'entraîne pas la pré-

⁶ Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics, RS 0.632.231.422

implication des soumissionnaires concernés, mais ses résultats doivent être publiés dans les documents d'appel d'offres. L'adjudicateur peut ainsi analyser le marché plus facilement et de manière plus approfondie, ce qui lui permet aussi de mieux cibler l'appel d'offres.

3.4 Chapitre 4. Procédures d'adjudication

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

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

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

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

3.5 Chapitre 5. Conditions d'adjudication

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

Dorénavant, l'adjudicateur ou l'autorité compétente peut tenir une liste de soumissionnaires ayant l'aptitude requise (art. 28 AIMP 2019). Mais contrairement au droit cantonal en vigueur jusqu'ici (art. 20, al. 2 OCMP), l'AIMP ne prévoit pas de certificats attestant que les soumissionnaires ont fourni les pièces justificatives requises pour participer à une procédure d'appel d'offres. Il faudra déterminer lors de l'élaboration des dispositions d'exécution si ces certificats sont encore nécessaires.

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

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

L'adjudicateur a la possibilité d'exclure les communautés de soumissionnaires et les sous-traitants (art. 31 AIMP 2019), ou seulement les sous-traitants de second rang. Toutefois, dans l'intérêt de la concurrence et des PME, il ne devrait le faire que dans des cas exceptionnels. Il peut par ailleurs autoriser la remise des offres par voie électronique (art. 34 AIMP 2019) et déroger ainsi au principe du droit sur la procédure administrative selon lequel les écrits doivent porter une signature manuscrite (art. 32, al. 2 [LPJA](#)).⁷

3.6 Chapitre 6. Déroulement de la procédure d'adjudication

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

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

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

L'interdiction des négociations en vigueur jusqu'ici - et le principe d'inaltérabilité des offres - est relativisée par la possibilité parfois déjà utilisée dans la pratique de rectifier les offres (art. 39 AIMP 2019). Une telle rectification ou adaptation des offres après leur ouverture n'est possible que si elle est indispensable pour rendre les offres comparables ou du fait de modifications des prestations. Les négociations portant sur le prix restent toutefois interdites (art. 11, lit. d AIMP 2019).

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

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

⁷ Loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives, RSB 155.21

prix et la qualité, donc qui présente le meilleur rapport prix-prestation (cf. message type, p. 81 ss).

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

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

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

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

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

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

Les soumissionnaires - et désormais également les sous-traitants - qui enfreignent gravement les prescriptions peuvent non seulement être exclus des futurs marchés pour une durée maximale de cinq ans, mais aussi - ce qui est nouveau - se voir infliger une amende pouvant aller jusqu'à 10 pour cent du prix final de l'offre. Autre nouveauté : les entreprises sanctionnées sont recensées dans une liste centralisée de la DTAP (art. 45 AIMP 2019).

3.7 Chapitre 7. Délais et publication, statistiques

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

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

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

3.8 Chapitre 8. Voies de droit

Désormais, les décisions (y compris d'adjudication) sont à motiver de manière sommaire ; autrement dit, elles doivent comprendre relativement peu d'indications, mais qui permettent

néanmoins d'en comprendre les grandes lignes (cf. message type, p. 94). Elles peuvent être notifiées comme auparavant de façon individuelle par voie postale, ou dans le cadre de la publication de l'adjudication sur simap.ch (art. 51 AIMP 2019).

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

Dorénavant, le Tribunal administratif est la seule instance cantonale pour les recours contre toutes les décisions relevant du droit des marchés publics (art. 52 AIMP 2019). Du coup, il n'y a plus de recours administratif préalable auprès de la Direction ou de la préfecture compétente, ce qui accélère la procédure et contribue à l'uniformisation de la pratique.

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

4. Forme de l'acte législatif

Le Grand Conseil approuve les traités intercantonaux qui ne ressortissent pas exclusivement au Conseil-exécutif - ce qui n'est pas ici le cas (art. 74, al. 2, lit. b ConstC). Il doit donc se prononcer sur l'adhésion du canton de Berne à l'AIMP 2019. En outre, des dispositions d'exécution sont nécessaires au niveau cantonal pour mettre en œuvre l'AIMP 2019 (cf. ci-après commentaire sur l'art. 4 LAIMP). La délégation de compétence correspondante au Conseil-exécutif doit être prévue par une loi (art. 69, al. 2 ConstC), de même que l'étendue des voies de droit (cf. ci-après commentaire de l'art. 3 LAIMP). En outre, il convient d'abroger un texte législatif, à savoir la LCMP. En conséquence, l'adhésion à l'AIMP 2019 doit faire l'objet d'une loi.

Conformément au chiffre 2.2.1.1 des Directives sur la technique législative du canton de Berne (DTL), une loi servant directement à la mise en œuvre du droit fédéral est dénommée « loi portant introduction ». La LAIMP ne sert certes pas à mettre en œuvre le droit fédéral, mais des dispositions de rang supérieur, en l'occurrence du droit intercantonal. De plus, elle contient des dispositions allant au-delà de la simple adhésion à l'AIMP 2019. Il est par conséquent justifié de l'intituler « loi portant introduction » plutôt que « loi d'adhésion » (cf. ch. 3.1 DTL).

5. Droit comparé

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

Certaines dispositions du modèle de loi d'adhésion de la DTAP n'ont *pas* été reprises dans la LAIMP, soit parce qu'elles ne répondent à aucun besoin identifié, soit parce que ces questions pourront être réglées si nécessaire dans le cadre des dispositions d'exécution (art. 4 LAIMP) :

- délais et réduction des délais pour les marchés non soumis aux accords internationaux (ch. 3 du modèle de loi),
- désignation du droit cantonal déterminant pour la procédure de décision et de recours (ch. 5 du modèle de loi). Il ressort clairement de la loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA) que c'est la LPJA qui s'applique toujours en la matière,
- délégation de compétence au Conseil-exécutif concernant l'ouverture publique des offres (ch. 6 d du modèle de loi) et désignation d'un organe de publication supplémentaire (ch. 6 e),
- délégation de compétence au Conseil-exécutif concernant la réception des dénonciations de violations des prescriptions légales par le soumissionnaire (ch. 6 k du modèle de loi).

En principe les règles générales relatives aux dénonciations faites à l'autorité de surveillance s'appliquent aussi dans ces cas-là (art. 101 LPJA). Autrement dit, les manquements des soumissionnaires peuvent être signalés à l'autorité de surveillance compétente (p. ex. l'Office de l'économie) ou à l'adjudicateur, et si cela reste sans effet, dénoncés auprès de l'autorité compétente de rang supérieur.

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

6. Mise en œuvre

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

7. Commentaire des articles

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

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

Article 2

En dépit de son adhésion à l'AIMP 2019, le canton de Berne reste formellement membre de l'ancien AIMP 2001 jusqu'à ce que tous les cantons aient adhéré à l'AIMP 2019 (art. 5, lit. f). C'est indispensable pour que le canton de Berne puisse continuer pendant cette période transitoire à s'impliquer dans l'AiMp, organe intercantonal créé par l'AIMP 2001 et composé des membres de la DTAP, et pour qu'il n'y ait pas de changement de personnel jusqu'à la formation du nouvel AiMp. Malgré la double adhésion temporaire du canton aux deux AIMP, il résulte de l'article 64 AIMP 2019 que le nouvel AIMP 2019 s'applique aux marchés publics lancés à compter de la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation.

Article 3

L'article 3 est la seule disposition d'exécution de rang légal. En vertu de l'article 52, alinéa 1 de l'AIMP 2019, les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours « à tout le moins, lorsque la valeur du marché atteint la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation ». Le droit cantonal doit donc déterminer s'il accorde les voies de droit seulement à partir de la valeur seuil de la procédure sur invitation ou s'il les étend aux marchés de moindre valeur (cf. message type, p. 95). Dans le droit fédéral, le recours est possible à partir de la valeur seuil déterminante pour les procédures ouvertes ou sélectives en ce qui concerne les marchés portant sur des travaux de construction, et à partir de la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation en ce qui concerne les marchés portant sur d'autres prestations (art. 52, al. 1 LMP 2019).

L'article 3 prévoit, comme déjà l'ancienne législation (art. 12 Abs. 3 LCMP), que les voies de droit existent seulement à partir de la valeur seuil de la procédure sur invitation, c'est-à-dire à partir de CHF 150 000, respectivement de CHF 300 000 pour les travaux de gros œuvre. Cette réglementation a des raisons pratiques. Pour les marchés de gré à gré dont le montant

n'atteint pas la valeur seuil, l'adjudicateur n'a pas de documents à produire ; il ne doit donc pas définir de critères et n'est pas tenu de formaliser ni de justifier la décision d'adjudication. Il serait de ce fait très difficile au Tribunal administratif de procéder à un examen juridique faute de documents sur lesquels s'appuyer. De même les griefs possibles seraient très limités : comme la procédure de gré à gré pour des montants inférieurs à la valeur seuil laisse une très grande liberté à l'adjudicateur dans le choix du partenaire avec lequel il conclut le contrat, un recourant ne pourrait pas par exemple faire valoir une erreur d'évaluation, mais tout au plus des violations grossières des principes du droit des marchés publics (cf. message type concernant l'art. 21, al. 1 AIMP 2019, p. 55).

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

Article 4

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

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

- Alinéa 2, lettre a : voir plus haut, chiffre **Error! Reference source not found.**
- Alinéa 2, lettre b : selon la législation en vigueur (art. 6, al. 2 LCMP), les marchés en procédure de gré à gré d'une valeur dépassant le seuil fixé et qui doivent être adjugés par exemple pour cause d'urgence ou d'absence de concurrence (cf. art. 21, al. 2 AIMP 2019) doivent être publiés sur simap.ch – où ils sont susceptibles de recours - dès lors que le seuil de la procédure ouverte ou de la procédure sélective est atteint (CHF 250 000, resp. 500 000 pour le gros œuvre). Selon l'article 48, alinéa 1 AIMP 2019, cette obligation de publier ne s'applique qu'aux marchés soumis aux accords internationaux, autrement dit dans la plupart des cas portant sur une valeur minimale de CHF 350 000 ou de CHF 700 000. Pour pouvoir maintenir au même niveau qu'aujourd'hui la protection des soumissionnaires contre les adjudications abusives de marchés en procédure de gré à gré dont la valeur atteint le seuil fixé, et pour des raisons pratiques (il n'est pas toujours aisé de déterminer quand des marchés sont soumis aux accords internationaux), les dispositions d'exécution doivent permettre d'estimer si la réglementation actuelle doit ou non être maintenue.
- Alinéa 2, lettre c : voir plus haut, chiffre 3.7.
- Alinéa 2, lettre d : concernant la formation, voir ci-après, chiffre 9.1.1. A titre de mesure de prévention contre la corruption, il pourrait aussi à l'avenir s'avérer utile d'exiger un contrôle de sécurité relatif aux personnes responsables des achats. Un service spécialisé vérifie à cet effet le casier judiciaire, le registre des poursuites et d'autres documents officiels au sujet d'une personne, afin d'évaluer le risque de comportement délictueux ou de chantage qu'elle présente. Mais pour qu'une telle mesure puisse être appliquée, il faut que les bases légales et l'organisation correspondantes existent aussi pour le reste de l'administration publique. Cela fera l'objet des futurs travaux législatifs dans le domaine de la sécurité de l'information.

- Alinéa 2, lettre e : la motion [042-2019](#) adoptée à l'automne 2019 sous forme de postulat exige entre autres que des mesures soient prises contre les nuisances des cartels dans les appels d'offres publics. Le Conseil-exécutif avait envisagé d'examiner des mesures préventives en la matière dans le cadre de la mise en œuvre de l'AIMP 2019.
- Alinéa 2, lettre f : la motion 042-2019 exigeait aussi que les données des adjudications soient transmises à la Commission de la concurrence (COMCO), ce qui devra être réglé dans les dispositions d'exécution. Il faudra en outre continuer de relever des données à des fins statistiques dans le cadre de l'AMP (art. 50 AIMP 2019), et ce conformément à la pratique à partir des publications sur [simap.ch](#). Avec la mise en place prévue d'un système de progiciel de gestion intégré (ERP) dans l'administration cantonale, on disposera de plus à l'avenir d'une meilleure base technique pour le relevé et la publication éventuels d'autres indications sur l'adjudication de marchés de l'administration cantonale d'une valeur inférieure à la valeur seuil, ce qui serait bon pour la transparence et la confiance de la population vis-à-vis des marchés publics.
- Alinéa 2, lettre g : voir plus haut, chiffre 6.

Article 5

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

Article 7

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

Modifications indirectes

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

8. Répercussions financières

Voir aussi le message type, page 105.

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

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

Il est impossible de chiffrer ces coûts ici, parce qu'ils dépendent dans une large mesure de la mise en œuvre de l'AIMP 2019 par le canton, les communes et les différents services d'achat,

et donc finalement aussi des différentes consignes et priorités politiques du membre du gouvernement responsable ou de l'autorité élue par le peuple.

9. Répercussions sur le personnel et l'organisation

Voir aussi le message type, page 105.

9.1 Répercussions sur le personnel

9.1.1 Services d'achat

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

Pour pouvoir mettre en œuvre les objectifs politiques de l'AIMP 2019 – à savoir privilégier la qualité plutôt que la concurrence tarifaire et renforcer la durabilité – le Conseil-exécutif juge indispensable, à l'avenir, de confier si possible les achats publics (en tous cas ceux de grande envergure), uniquement à des spécialistes disposant d'une formation adéquate. Aujourd'hui, seuls les services d'achat assez importants disposent en général de ce type de personnel. Les autres autorités règlent leurs achats en quelque sorte à titre accessoire, et confient cette tâche à leur personnel non spécialisé (p. ex. cadres, responsables des ressources ou chefs de projet) ou font appel à des spécialistes externes.

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

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

9.1.2 Instances de recours

Le recours administratif de première instance contre des décisions d'achat auprès des Directions, de la Chancellerie d'Etat et des préfets et préfètes disparaît. Le nombre de ce genre de recours étant relativement faible⁸, cela n'a pas de grande conséquence sur les besoins de personnel des services juridiques concernés. Le Tribunal administratif sera désormais la première et seule instance de recours au plan cantonal pour les affaires d'achat, au lieu de la seconde comme jusqu'à présent.

⁸ Moyenne cantonale: 17 recours par an de 2016 à 2018.

La Direction de la magistrature s'est exprimée comme suit à ce sujet: «Du fait de la suppression de la double instance, le nombre de procédures à cet égard devant le Tribunal administratif augmentera à coup sûr et les procédures seront d'autant plus complexes qu'il manquera les travaux préalables d'une instance précédente. Cela aura des répercussions non négligeables sur le personnel, et donc directement aussi sur les finances. Il est actuellement impossible à la Direction de la magistrature de chiffrer le montant des moyens nécessaires. Elle devra examiner l'éventualité de créer de nouveaux postes au Tribunal administratif une fois que la nouvelle réglementation aura été mise en place et que les premières expériences en auront été tirées.»

9.2 Répercussions sur l'organisation

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

10. Répercussions sur les communes

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

11. Répercussions sur l'économie

Voir aussi le message type, p. 6.

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

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

12. Résultats de la procédure de consultation

[Vortragstext]

13. Proposition/s

[Vortragstext]

le président : [Name]

le chancelier : [Name]

Annexe:

- Message type de la DTAP sur l'AIMP 2019 (www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019/)