



Intervention parlementaire

Réponse du Conseil-exécutif

N° de l'intervention : 221-2020
Type d'intervention : Interpellation
Motion ayant valeur de directive : ☐
N° d'affaire : 2020.RRGR.291

Déposée le : 02.09.2020

Motion de groupe : Non
Motion de commission : Non
Déposée par : Stampfli (Bern, PS) (porte-parole)

Cosignataires : 0

Urgence demandée : Non
Urgence accordée :

N° d'ACE : 249/2021 du 24 février 2021
Direction : Direction des finances
Classification : -

Questions en suspens relatives à la pratique cantonale en matière d'attribution de mandats

La pratique du canton en matière d'attribution de mandats à des fournisseurs de prestations paraît souvent trop peu transparente. Des questions restent notamment en suspens lors de l'annulation de mandats. En effet, nombre de fournisseurs de prestations voient régulièrement leur contrat de prestations ne pas être renouvelé et être attribué à une autre organisation, et ce sans raison apparente. Il n'est pas rare que les organisations qui ne sont ainsi plus prises en compte doivent licencier du personnel ou réduire les pourcentages de poste et les salaires. Les raisons à l'origine de cette pratique restent le plus souvent inexpliquées, voire sont tenues secrètes, ce qui peut laisser supposer que le prix est le critère principal en jeu et peut-être même le seul critère important.

Le Conseil-exécutif est prié de répondre aux questions suivantes :

1. Les critères d'attribution des mandats sont-ils uniformes dans l'ensemble de l'administration cantonale ou y a-t-il des différences d'une Direction à l'autre ? S'il y a des différences, quelles sont-elles ?
2. Qui est responsable, dans chacune des Directions, de l'attribution des contrats de prestations ?
3. De quelle marge de manœuvre législative les services compétents disposent-ils pour les différents mandats qu'ils attribuent ?
4. Le prix est-il le critère prioritaire d'attribution des mandats ou d'autres critères sont-ils tout aussi importants, par exemple des conditions d'engagement modernes, les offres de formation proposées, des prestations sociales de qualité, un long savoir-faire dans le domaine concerné ?
5. Des critères tels que l'occupation de personnes d'un certain âge et d'apprentis et apprenties ou encore le respect de normes écologiques sont-ils aussi pris en compte lors de l'attribution des mandats ?

6. Des mesures ciblées sont-elles mises en œuvre pour éviter que les organisations proposant leurs prestations pratiquent le dumping salarial (p. ex. salaires minimaux) ?
7. Les Directions veillent-elles à garantir aux fournisseurs de prestations une sécurité de planification et les ressources nécessaires à la formation continue de leur personnel ainsi qu'à des provisions pour un plan social ?
8. Les conditions d'engagement des fournisseurs de prestations sont-elles limitées par les contrats de prestations, par exemple par une disposition interdisant l'augmentation des salaires pendant la durée du contrat ?
9. Sur quelle base légale les fournisseurs de prestations peuvent-ils se fonder pour attaquer une décision concernant l'attribution de mandats ? Combien de recours ont été recensés ces cinq dernières années ? Les recours ont-ils été rejetés ou admis ?
10. Est-il prévu dans un futur proche de modifier la pratique cantonale en matière d'attribution de mandats ?

Réponse du Conseil-exécutif

Etant donné que l'interpellation fait de manière générale référence à la « pratique du canton en matière d'attribution de mandats à des fournisseurs de prestations » et aux « contrats de prestations » sans préciser le type de prestations ou de contrats, le Conseil-exécutif répond ci-après aux questions qu'elle pose en se référant aux dispositions générales du droit des marchés publics, qui s'appliquent à tous les marchés publics du canton. Les dispositions spécifiques sur les achats d'un domaine particulier se trouvent dans la législation spéciale correspondante ; les exposer toutes ici sortirait du cadre de la présente réponse. Par « nouvelle législation », on entend ci-après l'Accord intercantonal sur les marchés publics totalement révisé en 2019 (AIMP 2019) qui est actuellement en cours d'introduction dans le canton de Berne.

Contrairement à ce qu'avance l'interpellation, le droit sur les marchés publics prescrit que les marchés publics importants doivent être adjugés en toute transparence. Cela signifie que

- le marché est adjugé à une date définie à l'avance,
- les critères d'adjudication sont communiqués à l'avance et
- la décision d'adjudication est motivée de manière plausible.

Si ces prescriptions légales ne sont pas respectées, les soumissionnaires concernés peuvent former recours contre la façon de procéder du service d'achat. Dans ce contexte, le Conseil-exécutif répond comme suit aux questions de l'interpellation :

1. Conformément à la législation sur les marchés publics, les autorités qui adjugent des marchés publics (services d'achat) sont responsables de la fixation des critères d'aptitude et d'adjudication parce qu'elles disposent des compétences techniques correspondantes et de la connaissance du marché. La législation fixe en outre les conditions de participation qui s'appliquent à tous les mandats, à savoir par exemple le fait de payer les impôts et les cotisations aux assurances sociales.
2. La compétence d'attribution des mandats au sein de l'administration cantonale est régie par la législation spéciale concernée ou par l'ordonnance sur l'organisation des marchés publics (OOMP ; RSB 731.22). En vertu de celle-ci, cinq centrales d'achat cantonales (CAC) procèdent, de manière centralisée, aux achats de certaines prestations dont a besoin l'ensemble de l'administration. Les autres prestations sont achetées par chaque unité administrative selon ses besoins pour accomplir ses tâches.

3. La législation sur les marchés publics octroie aux services d'achat une grande marge de manœuvre pour fixer les critères : ceux-ci doivent être pertinents et respecter les principes de la législation sur les marchés publics (comme le principe d'économie, la transparence, l'égalité de traitement et, dans le nouveau droit, aussi la durabilité). Selon le mandat, des restrictions et des prescriptions peuvent résulter de la législation spéciale ou de directives des instances supérieures, comme par exemple la politique des achats centralisés du Conseil-exécutif (ACE 461/2018).
4. Les services d'achat doivent adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, la terminologie du nouveau droit parlant à cet égard d'« offre la plus avantageuse ». Dans les deux cas, cela signifie l'offre qui présente le meilleur rapport coût global-prestations. Autrement dit les services d'achat doivent toujours tenir compte à la fois du prix et de la qualité des prestations, la future législation permettant à cet égard expressément de prendre aussi en compte des aspects de durabilité écologique, sociale et économique comme critères de qualité. Il incombe aux services d'achat de décider à quels critères de qualité ils font appel et quel poids ils souhaitent leur accorder par rapport au prix (cette pondération doit être indiquée à l'avance en toute clarté). Ils doivent ce faisant se référer à la pratique du Tribunal fédéral dans l'ancienne législation, qui consiste en l'obligation d'accorder au prix d'autant plus de poids que la prestation achetée est plus standardisée et échangeable.
5. Les services d'achat sont libres de fixer, en fonction des prestations, les critères d'aptitude (exigences à remplir par les soumissionnaires), les spécifications techniques et les critères d'adjudication (exigences à remplir par les prestations offertes) qui leur paraissent appropriés pour le mandat concerné. La loi ne leur permet toutefois d'attribuer des mandats qu'à des entreprises qui respectent les prescriptions pertinentes de la loi et, le cas échéant, de la convention collective de travail, entre autres sur la protection de l'environnement, les conditions de travail et l'égalité salariale entre hommes et femmes. La nouvelle législation étend la mesure dans laquelle il est possible de prendre en compte comme critères des aspects de durabilité écologique, sociale et économique plus poussés, tels que les mentionne la présente question. Pour plus d'informations, nous renvoyons aux documents sur la nouvelle législation¹. Selon le droit en vigueur, « des prestations particulières en matière de formation professionnelle ou de promotion de l'égalité entre hommes et femmes » peuvent être prises en compte comme critères d'aptitude (art. 16, al. 2 OCMP²).
6. Concernant les marchés publics, les soumissionnaires sont en principe libres de fixer leurs prix conformément aux principes de l'économie de marché. Ils peuvent aussi offrir des prix qui ne couvrent pas les coûts s'ils considèrent cela opportun, par exemple du point de vue de la stratégie d'entreprise, et s'ils peuvent tout de même fournir les prestations au niveau de qualité exigé. Ils doivent cependant respecter les prescriptions de la loi ou de la convention collective de travail sur les salaires et les autres conditions de travail. La nouvelle législation prévoit aussi des mesures contre les risques que pourraient présenter des prix extrêmement bas : les services d'achat peuvent prendre en considération le critère de « plausibilité de l'offre » (art. 29, al. 1 AIMP 2019) et attribuer ainsi une note moins favorable aux offres dont il est impossible de vérifier si elles peuvent être exécutées au prix offert. En outre, lorsqu'ils reçoivent une offre dont le prix est anormalement bas, les services d'achat doivent demander les renseignements utiles au soumissionnaire afin de s'assurer que les conditions de participation sont remplies et que les autres exigences de l'appel d'offres ont été comprises (art. 38, al. 3 AIMP 2019).
7. Pour les soumissionnaires, la sécurité de planification résulte du fait que les mandats publics sont mis au concours pour une durée déterminée. La planification des soumissionnaires doit se référer à la période considérée à l'issue de laquelle ils doivent supposer que le marché est de nouveau adjugé,

¹ Voir sur internet : [Marchés publics](#) > Bases légales > Nouvelle législation sur les marchés publics

² Ordonnance sur les marchés publics, RSB 731.21

et le cas échéant à une autre entreprise. Les soumissionnaires décident eux-mêmes du perfectionnement de leur personnel ou d'éventuelles provisions pour un plan social dans le cadre de leur responsabilité entrepreneuriale. Ils doivent intégrer les dépenses correspondantes au calcul de leur offre.

8. Non.
9. Les soumissionnaires peuvent former un recours contre les décisions des services d'achat, comme l'appel d'offres ou l'adjudication, et ce dans le droit actuel conformément aux articles 12 et suivant de la loi du 11 juin 2002 sur les marchés publics (LCMP ; RSB 731.2), et dans le futur droit conformément aux articles 52 et suivants AIMP 2019.

Entre 2016 et 2020, les Directions et la Chancellerie d'Etat ont transmis au Bureau central de coordination des achats chaque année en moyenne 17 recours en première instance contre l'attribution d'un marché par des adjudicateurs cantonaux. Environ 18 pour cent de ces recours en moyenne ont été admis en première instance.

Le secrétariat général des préfectures a estimé que 25 recours contre l'attribution d'un marché par des communes étaient en moyenne adressés chaque année aux préfectures, une dizaine d'entre eux revenant à la préfecture de Berne-Mittelland. Environ 50 pour cent de ces recours sont rejetés, le pourcentage de rejet se situant entre 25 et 75 pour cent selon la préfecture concernée. De nombreux recours sont également rayés du rôle faute d'octroi de l'effet suspensif.

10. Oui. La pratique devra si nécessaire être adaptée au nouveau droit après l'adhésion du canton de Berne à l'AIMP 2019. La nouvelle législation devrait entrer en vigueur au troisième trimestre 2021, si le Grand Conseil l'approuve comme prévu durant sa session de printemps 2021.

Destinataire
– Grand Conseil