



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Conseil d'Etat CE
Staatsrat SR

Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

T +41 26 305 10 40, F +41 26 305 10 48
www.fr.ch/ce

Conseil d'Etat
Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

PAR COURRIEL

Autorité intercantonale pour les marchés
publics – AIMP
Madame Regina Füeg
regina.fueeg@bpuk.ch

Fribourg, le 27 août 2019

Réponse du canton de Fribourg à l'enquête sur les modifications du projet AURORA par le Parlement fédéral

Madame,

Le Conseil d'Etat du canton de Fribourg vous transmet en annexe le formulaire de réponses à l'enquête citée en titre. Nous vous transmettons par ailleurs en annexe les observations de notre Service de législation qui pourront vous servir, cas échéant, à affiner encore le texte d'un point de vue légistique.

Le canton de Fribourg insiste particulièrement sur les aspects suivants :

1. Art. 10, al. 1, let. e Exceptions

Complément

Le présent accord n'est pas applicable :

*Al. 1 let. e : aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, **des organismes d'insertion socioprofessionnelle**, des oeuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires ;*

Ce complément est **validé et doit être repris** dans la version finale du nouvel Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP).

2. Art. 12 : 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

Le canton de Fribourg souhaite que le **principe du lieu d'exécution** (art. 12 al. 1) soit repris dans le nouvel AIMP, avec une modification en parallèle de la loi sur le marché intérieur (LMI).

3. Art. 21, al. 4 (Procédure de gré à gré)

Complément

⁴ *Il est interdit de définir un marché public de sorte que, d'entrée, un seul soumissionnaire entre en considération pour l'adjudication, en particulier en raison des particularités techniques ou artistiques du marché selon l'al. 2, let. c ou en cas de prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies selon l'al. 2, let. e.*

Le canton de Fribourg souligne son inquiétude de devoir passer par un appel d'offres pour des extensions de marché dans le domaine de l'informatique. Au-delà du fait que ce complément induit du travail et des coûts supplémentaires inutiles - alors qu'il suffit de s'adresser au fournisseur initial dont les prestations donnent satisfaction - il introduit un risque non négligeable de multiplication des solutions informatiques et des technologies sur un périmètre fonctionnel similaire, nuisant à l'intégrité et à l'économicité du fonctionnement du système d'information dans son ensemble.

En vous remerciant d'avoir consulté le canton de Fribourg, nous vous prions de croire, Madame, à l'assurance de nos sentiments les meilleurs.

Au nom du Conseil d'Etat :



Jean-Pierre Siggen
Président



Danielle Gagnaux-Morel
Chancelière d'Etat

Annexes

—
Grille de réponses du canton de Fribourg à l'enquête sur les modifications du projet AURORA
Observations du Service de la législation du 7 août 2019

Berne, le 23 juin 2019

Canton : Fribourg
Contact(s): Nathalie.liaudat@fr.ch

Enquête sur les modifications du projet AURORA

Délai: mercredi, 28 août 2019 (le délai n'est pas prorogeable)

1 Questions sur les modifications importantes du projet de loi AURORA

Les compléments et les modifications du Parlement fédéral sont indiqués en **rouge**. Les modifications qui n'affectent que les cantons sont indiquées en **bleu**.

1.1 Art. 7 (Exemption)

L'article prévu jusqu'à présent était inexact parce que sa formulation supposait une compétence décisionnelle propre de l'AiMp en matière d'exemption. Or l'AiMp ne peut formuler que des demandes d'exemption et ne peut pas statuer sur une exemption de son propre chef. Ces adaptations constituent un complément logique à la législation fédérale.

Reformulation de l'art. 7

1 **Lorsqu'un marché sectoriel mentionné à l'art. 4, al. 2 est soumis à une concurrence efficace, l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) peut proposer au Conseil fédéral d'exempter entièrement ou partiellement les acquisitions correspondantes du présent accord. Les adjudicateurs actifs sur le marché sectoriel concerné peuvent adresser une demande correspondante à l'intention de l'AiMp.**

2 **Une exemption s'applique aux acquisitions correspondantes de tous les adjudicateurs actifs sur le marché sectoriel concerné.**

Arguments en faveur de la reformulation	Arguments en défaveur de la reformulation
<ul style="list-style-type: none">- La reformulation tient compte du fait que l'AiMp peut elle-même soumettre des propositions en vue d'une exemption à l'accord, mais également du fait qu'elle reçoit et transmet des demandes des adjudicateurs concernés, pour autant que le marché sectoriel correspondant soit soumis à une concurrence efficace, selon l'art. 4, al. 2.- Harmonisation avec l'art. 61, al. 2, let. d (prendre acte et transmettre les demandes d'exemption des adjudicateurs sectoriels au Conseil fédéral, conformément à l'art. 7 [clause d'exemption])- La Confédération utilise une autre formulation à l'art. 7, basée sur les prescriptions de la législation fédérale. Une harmonisation formelle entre la Confédération et les cantons n'est pour cette raison pas possible.	-

Comment jugez-vous la reformulation de l'art. 7?

La reformulation est saluée	Avis neutre	La reformulation est rejetée
X		

Brève justification (utiliser SVP des mots-clés)

--

1.2 Art. 9 (Délégation de tâches publiques et octroi de concessions)

Complément

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

Arguments en faveur du complément	Arguments en défaveur du complément
<ul style="list-style-type: none"> - Le complément constitue une précision importante pour les cantons, qui évite les incertitudes en matière d'interprétation. - Le complément n'est pas nécessaire pour la Confédération. Il ne gêne donc pas non plus l'objectif d'harmonisation. 	--

Comment jugez-vous le complément (en bleu) à apporter à l'art. 9?

Le complément est salué	Avis neutre	Le complément est rejeté
X		

Brève justification (utiliser SVP des mots-clés)

--

1.3 Art. 10, al. 1, let. e (Exceptions)

Complément

10 Le présent accord n'est pas applicable:

al.1 let. e aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, **des organismes d'insertion socio-professionnelle**, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires;

Arguments en faveur de l'harmonisation	Arguments en défaveur de l'harmonisation
<ul style="list-style-type: none"> - La Confédération et les cantons traiteraient cette problématique de la même façon. - Certains cantons salueraient une reprise de la règle fédérale afin que leur pratique cantonale soit clarifiée au niveau de l'AIMP. 	<ul style="list-style-type: none"> - Les mesures d'insertion socioprofessionnelle relèvent de la compétence des cantons. En cas d'acceptation de la modification, les cantons ne seraient plus en mesure de décider eux-mêmes de la manière dont ils souhaitent régler cette question. - Actuellement, les réglementations cantonales sont appliquées différemment. Ainsi, plusieurs cantons romands ne mettent, en principe, pas de telles mesures au concours, tandis que plusieurs cantons alémaniques lancent un appel d'offres. - Si l'on souhaite que cette question soit réglée, elle doit l'être dans la législation spéciale (LACI, LAI, LASi) afin que les cantons conservent la liberté d'appréciation nécessaire. - Il faut également tenir compte du fait qu'il ne

	s'agit pas seulement d'œuvres de bienfaisance, mais aussi de concurrents privés sur le marché. - Il s'agit d'un important volume de marchés publics pour les cantons. Selon le SECO, celui-ci mobilise chaque année 650 millions de francs.
--	--

Comment jugez-vous le complément (en rouge) à apporter à l'art. 10, al. 1, let. e?

L'harmonisation est saluée	Avis neutre	L'harmonisation est rejetée
X		

Brève justification (utiliser SVP des mots-clés)

Le canton de Fribourg souhaite le rapport explicatif définitif précise la notion <i>d'organisme d'insertion socio-professionnelle</i> .

1.4 Art. 10, al. 1, let. g (Exceptions)

Complément

10 Le présent accord n'est pas applicable:

al. 1 let. g aux institutions de prévoyance de droit public (de la Confédération) des cantons et communes.

Arguments en faveur de l'harmonisation	Arguments en défaveur de l'harmonisation
- La Confédération et les cantons gèreraient cette problématique de la même façon. Pour cela, les cantons devraient reformuler le complément: «aux institutions de prévoyance de droit public des cantons et des communes.»	- L'exemption totale d'une institution de droit public revêt politiquement une grande importance puisqu'elle entre en contradiction avec le droit en vigueur et le droit futur (art. 8 AIMP, respectivement art 4 AIMP révisé). - Il convient de noter qu'à côté des institutions de prévoyance de droit public existent également des institutions de prévoyance de droit privé en mains publiques – qui ne seraient pas exemptées selon le libellé – et qu'un traitement différencié doit avoir lieu dans des cas particuliers. - Aujourd'hui, la majorité des cantons soumettent totalement ou partiellement leurs caisses de pension cantonales ou communales au droit des marchés publics. En cas d'acceptation de la modification, les cantons ne seraient plus en mesure de décider eux-mêmes de la manière dont ils souhaitent régler cette question.

Comment jugez-vous le complément (en rouge et bleu) à apporter à l'art. 10, al. 1, let. g?

L'harmonisation est saluée	Avis neutre	L'harmonisation est rejetée
X		

Brève justification (utiliser SVP des mots-clés)

--

1.5 Art. 12, al. 1 et 2 (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)

Complément

¹ Les marchés publics portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur en Suisse, les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN) ainsi que les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes.

² Les marchés publics portant sur des prestations à exécuter à l'étranger ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent au moins les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) mentionnées à l'annexe 3. **L'adjudicateur peut en outre exiger le respect d'autres standards de travail internationaux importants et la production des preuves correspondantes ainsi que convenir de la mise en place de contrôles.**

³ **Un marché public ne peut être adjugé qu'aux soumissionnaires qui respectent au moins les prescriptions légales relatives à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles en vigueur au lieu de la prestation; ces prescriptions comprennent, en Suisse, les dispositions du droit suisse en matière d'environnement et, à l'étranger, les conventions internationales relatives à la protection de l'environnement déterminées par le Conseil fédéral et mentionnées à l'annexe 4.**

Arguments en faveur de l'harmonisation	Arguments en défaveur de l'harmonisation
<ul style="list-style-type: none"> - La Confédération et les cantons gèreraient cette problématique de la même façon. - Dans son arrêt 2C_498/2017 relatif aux marchés publics, le Tribunal fédéral a justifié l'approbation d'un recours fondé sur le non-respect des prescriptions juridiques sur la protection de l'environnement. 	<ul style="list-style-type: none"> - Les bases juridiques existantes (droit suisse de l'environnement) constituent du droit impératif qui doit être respecté.

Quel jugement portez-vous sur l'art. 12 complété?

L'harmonisation est saluée	Avis neutre	L'harmonisation est rejetée
X		

Brève justification (utiliser SVP des mots-clés)

1.6 Art. 13, al. 4 (Récusation)

Complément

⁴ **L'adjudicateur peut prescrire dans l'appel d'offres que les soumissionnaires qui entretiennent avec un membre du jury une relation justifiant la récusation dans les concours d'études, les concours portant sur les études et la réalisation et les mandats d'étude soient exclues de la procédure.**

Arguments en faveur du complément	Arguments en défaveur du complément
<ul style="list-style-type: none"> - Cette réglementation profiterait à la transparence et à la sécurité juridique. 	<ul style="list-style-type: none"> - Le Parlement fédéral n'a pas adopté cette proposition minoritaire. C'est pourquoi cette disposition est absente dans la loi fédérale sur les marchés publics (LMP).

Comment jugez-vous le complément prévu à l'art. 13?

Le complément est salué	Avis neutre	Le complément est rejeté
X		

Brève justification (utiliser SVP des mots-clés)

--

1.7 Art. 21, al. 4 (Procédure de gré à gré)

Complément

⁴ Il est interdit de définir un marché public de sorte que, d'entrée, un seul soumissionnaire entre en considération pour l'adjudication, en particulier en raison des particularités techniques ou artistiques du marché selon l'al. 2, let. c ou en cas de prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies selon l'al. 2, let. e.

Arguments en faveur de l'harmonisation	Arguments en défaveur de l'harmonisation
- La Confédération et les cantons gèreraient cette problématique de la même façon.	- Cette réglementation (pas de favoritisme) doit être respectée de façon générale dans les marchés publics et n'a pas besoin d'être spécialement mentionnée (cf. l'art. 2, let. d « concurrence équitable et efficace» et l'art. 11, let. a-d « principes à observer»).
	- La réglementation entre par ailleurs en contradiction avec l'al. 2, let. c et e.

Comment jugez-vous le complément à l'art. 21?

Le complément est salué	Avis neutre	Le complément est rejeté
X		

Brève justification (utiliser SVP des mots-clés)

--

1.8 Art. 26, al. 1 (Conditions de participation)

Modification

¹ Lors de la procédure d'adjudication ainsi que lors de l'exécution du marché adjudgé, l'adjudicateur ~~veille à ee~~ **garantit** que les soumissionnaires et leurs sous-traitants remplissent les conditions de participation, dont en particulier le respect des exigences définies à l'art. 12, qu'ils ~~aient ont~~ **ont** payé les impôts et les cotisations sociales exigibles et qu'ils ne concluent pas d'accords illicites affectant la concurrence.

Arguments en faveur de l'harmonisation	Arguments en défaveur de l'harmonisation
- La Confédération et les cantons gèreraient cette problématique de la même façon. - Les craintes exprimées par certains cantons seront levées grâce à une clarification dans le message type. Ce dernier indiquera qu'il incombe aux soumissionnaires et aux sous-traitants de remplir les conditions de participation et de le démontrer à l'aide de preuves (p. ex. au moyen d'une déclaration ou de leur inscription sur une liste).	- Du fait de la nouvelle formulation, différents cantons craignent une responsabilité du canton en cas de non-respect.

Comment jugez-vous la modification (en rouge) à apporter à l'art. 26, al. 1?

L'harmonisation est saluée	Avis neutre	L'harmonisation est rejetée
X		

Brève justification (utiliser SVP des mots-clés)

1.9 Art. 29, al. 1 (Critères d'adjudication)

Modification

1 L'adjudicateur évalue les offres sur la base de critères d'adjudication en lien avec les prestations. **En tenant compte des engagements internationaux de la Suisse, il prend notamment en considération**, outre le prix **et la qualité** de la prestation, ~~il peut prendre en considération~~ des critères tels que ~~la qualité~~ l'adéquation, les délais, la valeur technique, la rentabilité, les coûts du cycle de vie, l'esthétique, le développement durable, **la plausibilité de l'offre, les différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie, la fiabilité du prix**, la créativité, le service après-vente, les conditions de livraison, l'infrastructure, le caractère innovant, la fonctionnalité, le service à la clientèle, les compétences techniques et l'efficacité de la méthode.

Arguments en faveur de l'harmonisation	Arguments en défaveur de l'harmonisation
<ul style="list-style-type: none"> - Il s'agit d'une question fondamentale du droit des marchés publics. Cette question a été largement débattue au Parlement fédéral. Une harmonisation serait dès lors souhaitable à cet égard. - Changement de paradigme : passage d'une concurrence axée sur le prix à une concurrence axée sur la qualité. La qualité devient un critère obligatoire. 	<ul style="list-style-type: none"> - La mise en œuvre des critères «fiabilité du prix» et «différents niveaux de prix» représente un défi de taille pour les praticiens des marchés publics.

Comment jugez-vous le complément (en rouge) à apporter à l'art. 29, al. 1?

L'harmonisation est saluée	Avis neutre	L'harmonisation est rejetée
X		

Brève justification (utiliser SVP des mots-clés)

1.10 Art. 29, al. 2 (Critères d'adjudication)

Complément

² Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, l'adjudicateur peut prendre en compte à titre complémentaire la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation professionnelle initiale, **des places de travail pour les travailleurs âgés ou une réinsertion pour les chômeurs de longue durée**.

Arguments en faveur de l'harmonisation	Arguments en défaveur de l'harmonisation
<ul style="list-style-type: none"> - La Confédération et les cantons gèreraient cette problématique de la même façon. - Il s'agit d'une formulation potestative. 	--

- Plusieurs cantons utilisent déjà les critères sociaux mentionnés ici en sus.	
--	--

Comment jugez-vous le complément (en rouge) à apporter à l'art. 29, al. 2?

L'harmonisation est saluée	Avis neutre	L'harmonisation est rejetée
X		

Brève justification (utiliser SVP des mots-clés)

--

1.11 Art. 29, al. 4 (Critères d'adjudication)

Complément

⁴ Les prestations standardisées peuvent être adjudgées sur la base du seul critère du prix le plus bas, pour autant que les spécifications techniques concernant les prestations permettent de garantir le respect d'exigences élevées en matière de durabilité sociale, écologique et économique.

Arguments en faveur de l'harmonisation	Arguments en défaveur de l'harmonisation
- La Confédération et les cantons traiteraient cette problématique de façon identique aux art. 29 et 41.	--

Comment jugez-vous le complément (en rouge) à apporter à l'art. 29, al. 4?

L'harmonisation est saluée	Avis neutre	L'harmonisation est rejetée
X		

Brève justification (utiliser SVP des mots-clés)

--

1.12 Art. 41, al. 1 (Adjudication)

Modification

41¹ Le marché est adjudgé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

Arguments en faveur de l'harmonisation	Arguments en défaveur de l'harmonisation
<ul style="list-style-type: none"> - Il s'agit d'une question fondamentale du droit des marchés publics. - Avec cette nouvelle formulation, les Chambres fédérales voulaient insister sur le principe que l'adjudication devait aller à l'appel d'offres présentant le meilleur rapport prix/prestations. 	<ul style="list-style-type: none"> - La notion d'«offre économiquement la plus avantageuse» correspond à une terminologie établie. Il s'agit là aussi de déterminer le meilleur rapport prix/prestations. - Une adaptation de la terminologie pourrait entraîner une insécurité juridique.

Comment jugez-vous la modification en rouge à l'art. 41, al. 1?

L'harmonisation est saluée	Avis neutre	L'harmonisation est rejetée
X		

Brève justification (utiliser SVP des mots-clés)

--

1.13 Art. 61, al. 2, let. d (Autorité intercantonale)

L'art. 61, al. 2, let. d doit également être reformulé sur la base de l'adaptation proposée de l'art. 7. La disposition ne concerne que les cantons.

Reformulation

² L'AiMp assume notamment les tâches suivantes:

Let. d) proposer au Conseil fédéral selon l'article 7, alinéa 1 et une exemption selon l'article 7, alinéa 2 (clause d'exemption) au présent accord et prendre acte des demandes en ce sens des adjudicateurs selon l'art. 7, al. 1 (clause d'exemption);

Comment jugez-vous la nouvelle formulation (en bleu) de l'art. 61, al. 2, let. d?

La nouvelle formulation est saluée	Avis neutre	La nouvelle formulation est rejetée
X		

Brève justification (utiliser SVP des mots-clés)

--

1.14 Art. 62 (Contrôles)

En raison des expériences acquises avec des particuliers, le comité de la DTAP propose d'adapter et de compléter cet article. Cette disposition est réservée aux cantons. L'objectif d'harmonisation n'est pas entravé par cette adaptation.

Adaptation et complément

¹ Les cantons veillent au respect du présent accord par les adjudicateurs et les soumissionnaires.

² L'AiMp traite les dénonciations de cantons concernant le respect du présent accord par les autres cantons.

³ Les dénonciations de particuliers concernant le respect du présent accord par les cantons sont traitées par l'AiMp. La dénonciation ne permet pas de se voir reconnaître la qualité de partie et ne donne pas droit à une décision.

⁴ L'AiMp édicte un règlement à ce sujet.

Arguments en faveur de l'adaptation et du complément	Arguments en défaveur de l'adaptation et du complément
<ul style="list-style-type: none"> - La compétence de l'AiMp est clarifiée dans l'Accord intercantonal. - La nouvelle formulation permet de réglementer les dénonciations. - Les dénonciations abusives peuvent être rejetées. 	--

Comment jugez-vous les compléments (en bleu) à apporter à l'art. 62?

L'adaptation et le complément sont salués	Avis neutre	L'adaptation et le complément sont rejetés
X		

Brève justification (utiliser SVP des mots-clés)

--

2 Compétence cantonale concernant la procédure d'adhésion à l'AIMP

Quelle autorité (Conseil d'Etat, Parlement) dans votre canton est compétente pour la procédure d'adhésion à l'AIMP? Quelles sont les bases légales correspondantes?

Compétence cantonale concernant la procédure d'adhésion à l'AIMP	Bases légales
Parlement (Grand Conseil)	Art. 100 al. 1 Cst.-FR (RSF 131.219) Art. 4 al. 1 LConv (RSF 121.3)

Interlocuteur cantonal concernant la procédure d'adhésion à l'AIMP: reto.schmid@fr.ch

3 Autres requêtes en adaptation (en option)

En raison de l'harmonisation parallèle avec la Confédération, les cantons sont priés de soumettre d'éventuelles nouvelles requêtes avec parcimonie.

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"> > Le canton de Fribourg souhaite, notamment dans un souci de prévention du dumping salarial et de protection des travailleurs, que les entreprises adjudicataires respectent les conditions de travail ou d'autres standards en vigueur au lieu d'exécution de la prestation.
 Partant, il propose de reprendre dans l'AIMP la teneur de l'article 12 al. 1 LMP tel qu'adopté par les Chambres fédérales en date du 21 juin 2019 et de demande en parallèle une modification de la loi sur le marché intérieur (LMI).
 > Il est proposé d'entamer des réflexions au sein de la DTAP sur une augmentation des valeurs-seuils de l'annexe 2 de l'AIMP pour les procédures de gré à gré et sur invitation On estime que les valeurs-seuils actuels sont trop bas pour un traitement efficace des dossiers. |
|--|

Nous vous remercions d'adresser votre réponse à la direction de la DTAP (regina.fueeg@bpuk.ch), au plus tard d'ici au mercredi, 28 août 2019.



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

La DAEC
Céans

Service de législation SLeg
Amt für Gesetzgebung GeGA

Grand-Rue 26, Case postale, 1701 Fribourg

T +41 26 305 14 45, F +41 26 305 14 08
www.fr.ch/sleg

—

Courriel: servicedelegislation@fr.ch

Fribourg, le 7 août 2019

Observations

—

Enquête sur les modifications du projet AURORA (AIMP) par le Parlement fédéral (n/réf.: EDS2019-085)

Le Service de législation vous remet ses observations relatives au projet AURORA sur les modifications contenues dans l'enquête du 23 juin 2019 :

- Art. 2 let. a : Ne peut-on pas remplacer le mot « (une utilisation des deniers publics qui soit) économique » par efficiente, parcimonieuse, rentable, voire profitable, afin d'éviter la redite dans le même alinéa ?
- Art. 7 al. 1 : Un accord intercantonal peut-il conférer des compétences à une autorité fédérale ? L'accord tente de reformuler le texte repris du droit fédéral, mais la reformulation mériterait d'être améliorée.
- Art. 14 al. 3 : Conformément au principe d'égalité de traitement, l'autorité adjudicatrice doit s'assurer que la concurrence entre soumissionnaires ne soit pas faussée par une discrimination quelconque ou du favoritisme.
- Art. 26 al. 1 : Ne devrait-on pas utiliser le verbe « s'assurer » à la place du verbe « garantir » ? Sinon on pourrait imaginer que l'adjudicateur se porte garant.
- Art. 40 al. 1 : La LMP utilise le terme de « compréhensible ». Pourquoi cette divergence ? Le terme « traçable » est en outre plutôt vague et n'est à notre connaissance pas une notion juridique déterminée. La définition communément admise (Larousse) est : « Se dit d'un produit, d'un objet dont on peut suivre les étapes de production et d'acheminement ». Appliqué à ce contexte, cela signifie au mieux que les diverses étapes de l'examen et de l'évaluation doivent être identifiables. Est-ce suffisant pour satisfaire aux exigences légales (notamment relatives à la motivation d'une décision)?
- Art. 61 al. 2 let. d : La remarque rédigée sous l'article 7 ci-dessus est également valable pour cette lettre. Au demeurant, il se pose la question de savoir si une répétition ici de l'article 7 est nécessaire ?

—

Chancellerie d'Etat **CHA**
Staatskanzlei **SK**

Le Service de législation a procédé à une analyse supplémentaire du projet et formule les observations suivantes :

Remarques générales

- L'accord intercantonal reprend grandement la loi fédérale sur les marchés publics adoptée par le Parlement fédéral le 21 juin 2019. Cependant, l'adaptation n'a pas été faite correctement à tous les échelons. Il y a des reprises des pouvoirs dévolus à la Confédération alors que l'on se trouve au niveau de l'échelon d'un accord intercantonal. Il faut faire apparaître clairement dans l'accord intercantonal qu'il s'agit d'adaptations du droit fédéral et s'y référer.
- La rédaction de cet accord nous paraît imprécise, en certains points redondante et peu conforme aux règles de légistique.
- Une relecture permettrait d'éviter les coquilles constatées lors de l'analyse.

Remarques par article

- Art. 3 let. b : La formulation ne pourrait-elle pas être quelque peu allégée ?
Le terme adéquat et voulu était-il « présumée » ou « admise » ? En effet, « présumée » sous-entend que la présomption peut être renversée.
- Art. 3 let. f, 3^{ème} tiret : Ce tiret mériterait d'être reformulé.
- Art. 4 al. 1 et 2 : Ne pourrait-on pas réunir ces deux alinéas ?
Ne faut-il pas écrire : « Pour les marchés soumis aux dispositions des accords internationaux... » ? Sinon le sens est ambigu.
- Art. 4 al. 1 : Qu'entend-on par « collectivité de droit public » ? En effet, il est curieux que la précision soit apportée pour « du canton, du district et de la commune au sens du droit cantonal et communal », sachant qu'une commune est une collectivité publique (au sens de l'article 1 al. 1 LCo).
- Art. 5 al. 6 : Cet alinéa a-t-il sa place dans cet accord ?
- Art. 6 al. 3 : Un accord intercantonal peut-il donner une injonction à une autorité fédérale ? Sur quelle base ? Au demeurant, l'article 6 al. 3 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics disant la même chose, cet alinéa est superflu.
- Art. 6 al. 4 : Que fait cet alinéa dans un article consacré aux soumissionnaires ? L'emplacement paraît inadéquat.
Art. 6 al. 4 : Cet alinéa est-il conforme à l'article 56 Constitution fédérale ? Le droit fédéral leur octroie-t'il cette habilitation ?
- Art. 8 : Pourquoi cette disposition ne se trouve-t-elle pas au début de l'accord ?
- Art. 10 al. 1 let. c : Cet alinéa présente un risque lié au fait que la loi spéciale peut prévoir et prévoit souvent le versement d'aides financières pouvant faire l'objet d'un contrat de prestations, en vertu duquel le prestataire fournit une prestation d'intérêt public et serait par conséquent avantagé.
- Art. 16 al. 2 : Un accord intercantonal peut-il imposer une obligation à la Confédération ?

Une proposition de formulation permettrait de remédier à cela : « La Confédération garantit la participation des cantons à toute renégociation des engagements internationaux relatifs aux valeurs seuils conformément à la législation fédérale. ».

- Art. 21 al. 2 let. a : Cet alinéa mériterait d'être subdivisé en 4 chiffres, car trop de conditions sont cumulées dans un seul alinéa.
- Art. 21 al. 2 let. h : Une voie de droit est-elle prévue dans l'accord contre les éventuels abus ?
- Art. 22 : Il est étonnant de constater que, contrairement à la loi fédérale qui donne un cadre précis au concours et aux mandats d'étude parallèles, en demandant au Conseil fédéral de fixer des exigences minimales (art. 22 al. 2 LMP du 21 juin 2019), l'accord intercantonal laisse quasiment toute la latitude à l'adjudicateur. Pourquoi ces exigences n'ont-elles pas été reprises dans l'accord intercantonal ? Les décisions rendues en lien avec cette disposition seront-elles susceptibles de recours ?
- Art. 28 al. 2 : Un accord intercantonal ne peut imposer des obligations à la Confédération. Une autre formulation serait plus appropriée.
- Art. 45 al. 1 et 3 : De quelle loi s'agit-il (« ... l'autorité compétente en vertu de la loi. ») ?
- Art. 45 al. 3, dernière phrase : Cette phrase devrait être formulée différemment, car un accord intercantonal ne peut pas imposer d'obligation à la Confédération.
- Art. 45 al. 4 : Qui est l'autorité de surveillance ? L'AiMp ?
- Art. 45 al. 5 : Est-ce que cet alinéa a sa place dans cet accord ? Cette question n'est-elle pas régie par l'acte juridique sur lequel se fonde la contribution (et qui régit donc les relations entre le contributeur et l'adjudicateur), plutôt que le présent accord (qui régit lui l'établissement des relations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires) ?
- Art. 48 al. 5 : Que veut dire précisément « prendre en considération » ? Pourquoi cette disposition ne dit-elle pas simplement que les documents doivent également être publiés dans la langue du lieu d'exécution ou de la construction ?
- Art. 54 al. 3, 2^{ème} phrase : Que fait cette phrase dans une disposition consacrée à l'effet suspensif ? Ne faudrait-il pas la formuler différemment et être plus explicite ?
- Qu'en est-il des sanctions ou pénalités contre l'adjudicateur ne respectant pas la législation sur les marchés publics ? Quelles sont les voies offertes aux soumissionnaires concernés ?
- Art. 60 : Il faudrait préciser que les obligations découlant de cette disposition sont reprises de la législation fédérale (« conformément au droit fédéral ou à la législation fédérale»). Sinon on pourrait penser que l'accord intercantonal impose des obligations à la Confédération.
- Art. 61 : Est-il adéquat de donner la même abréviation à l'accord intercantonal (AIMP) et à l'autorité intercantonale (AiMp), même si l'orthographe n'est pas identique ?
- Art. 64, titre médian : Ecrire : « Droit transitoire ».
- Art. 65 : Il ne peut absolument pas être question de referendum dans cet accord. Il faut par conséquent le biffer du titre médian. Au demeurant, il n'est pas traité dans le corps du texte.

Ecrire : « Entrée en vigueur

1 Le présent accord entrera en vigueur dès que deux cantons y auront adhéré. Son entrée en ...

2 L'accord du 15 mars 2001 reste applicable aux cantons qui n'ont pas adhéré au présent accord. ».

Thomas de Tribolet, av.
Chef de service adjoint

Semra Kalan, av.
Conseillère juridique