|  |
| --- |
| Fribourg, le 1er juin 2021 |

**Rapport explicatif pour mise en consultation publique relatif**

**au projet de décret portant adhésion du Canton de Fribourg à l’Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019)**

**et**

**à l’avant-projet de loi sur les marchés publics (LMP-FR)**

Table des matières

1. Exposé des motifs et projet de décret portant adhésion du canton de Fribourg à l’Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019) 4

1. Introduction 4

1.1 Harmonisation 4

1.2 Ratification de l’AMP 2012 4

2. L’adhésion à l’AIMP révisé et les conséquences pour les cantons 5

2.1 Procédure d’adhésion 5

2.2 Intégration des dispositions d’exécution dans l’AIMP révisé 5

2.3 Dispositions d’exécution cantonales 5

3. Les nouveautés et principes essentiels 5

3.1 Article relatif au but 5

3.2 Clarification des notions et du champ d’application 6

3.3 Marchés publics axés sur la qualité 6

3.4 Développement durable 7

3.5 Nouveaux critères d’adjudication 7

3.6 Assujettissement de certaines concessions et de la délégation de certaines tâches publiques 7

3.7 Plateforme de publication commune de la Confédération et des cantons 8

3.8 Délais réduits afin d’accélérer la procédure 8

3.9 Procédure de recours optimisée 8

3.10 Mesures contre les conflits d’intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la 9 corruption

3.11 Exclusion, révocation et sanctions 9

3.12 Nouveaux instruments 10

3.12.1 Dialogue 10

3.12.2 Contrats-cadres 10

3.12.3 Enchères électroniques 11

4. Consultation auprès des cantons 11

5. Effets pour les soumissionnaires 12

6. Effets pour les adjudicateurs 12

1. Décret d’adhésion par le canton de Fribourg et révision générale de la législation 13

sur les marchés publics

1. Transposition de l’AMP 2012 par le canton de Fribourg 13
2. Organisation de projet et mise en consultation 13
3. Nouveautés et continuité 14
4. Instrument parlementaire 15
   1. Contexte 15
   2. Nouveau mécanisme 16
5. Commentaire article par article de l’avant-projet de loi sur les marchés 17

publics (LMP-FR)

1. Incidences financières et en personnel 36
2. Exposé des motifs et projet de décret portant adhésion du canton de Fribourg à l’Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019)

1. Introduction

Les marchés publics représentent un secteur important de l’économie nationale suisse. Le droit des marchés publics trouve son fondement dans l’Accord de l’OMC sur les marchés publics, l’Accord sur les marchés publics (ci-après : AMP) et dans l’Accord bilatéral passé avec l’UE sur certains aspects relatifs aux marchés publics. L’AMP est concrétisé par les cantons au travers de l’Accord intercantonal sur les marchés publics (ci-après : AIMP). Suite à la révision de l’AMP, achevée en 2012 (ci-après : AMP 2012), des adaptations du droit national sont nécessaires.

1.1 Harmonisation

Suite à la révision de l’AMP, achevée en 2012, des adaptations du droit national sont nécessaires. 1.1 Harmonisation Dans le cadre de l’art. 95, al. 2 de la Constitution fédéral (RS 101), la Confédération a la possibilité de mettre en place un cadre juridique pour créer un espace économique suisse unique. L’art. 48 de la Constitution fédérale donne en outre la possibilité aux cantons de conclure des conventions entre eux. Ces conditions juridiques ont permis d’élaborer ensemble une législation d’harmonisation des marchés publics.

L’AIMP révisé a pour effet d’harmoniser autant que possible la teneur des règles en matière de marchés publics de la Confédération et des cantons, tout en maintenant la répartition des compétences entre Confédération et cantons. Cette harmonisation de la Confédération et des cantons constitue une nouveauté significative.

La structure de l’AIMP et sa terminologie ont été revues à cet effet. Les concepts réglementaires éprouvés ont été conservés (p. ex. interdiction de négociation, protection juridique) et de nouvelles définitions ont été introduites. Il n’en résulte aucun changement matériel fondamental pour les cantons. Les changements concernent essentiellement les questions d’assujettissement (par exemple en lien avec la délégation de tâches publiques et l’attribution de certaines concessions) et les nouveaux instruments des marchés publics (pour plus de détails, cf. le chapitre 3).

Une harmonisation doit en outre être réalisée entre les cantons. A cet effet, les dispositions qui étaient jusqu’à présent réglées dans les directives d’exécution de l’AIMP (DEMP) ont été intégrées dans l’Accord. Comme par le passé, l’Accord opère une distinction entre les marchés soumis aux accords internationaux, c.-à-d. les marchés publics qui sont adjugés dans le champ d’application des engagements internationaux de la Suisse en matière de marchés publics, et les marchés non soumis aux accords internationaux, à savoir les marchés publics qui sont uniquement soumis aux règles du droit interne.

1.2 Ratification de l’AMP 2012

Pour que la Suisse puisse participer aux nouveautés et aux nouveaux marchés, elle doit préalablement adapter le droit national. A cet effet, l’autorité compétente, à savoir l’Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp), a adopté l’AIMP révisé à l’unanimité le 15 novembre 2019. La Confédération a également adapté son cadre légal, composé de la loi fédérale et de l’ordonnance sur les marchés publics, qui sont entrés en vigueur le 1er janvier 2022. Début décembre 2020, le Conseil fédéral a déposé l’instrument d’acceptation de l’AMP 2012 auprès de l’OMC. L’AMP 2012 est entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 2021 ce qui confère aux entreprises suisses un accès élargi au marché d’environ 80 à 100 milliards de dollars par an, fin 2020.

2. L’adhésion à l’AIMP révisé et les conséquences pour les cantons

2.1 Procédure d’adhésion

Les accords intercantonaux sont des accords de droit public, conclus par deux ou plusieurs cantons dans un domaine qui relève de leurs compétences. Le présent accord vise à uniformiser le droit entre les cantons. Les différents cantons peuvent approuver ou rejeter le texte de l’AIMP présenté. Une adhésion sous réserve n’est pas possible, ce qui a encore été confirmé à la fin mai 2021 par l’Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp), répondant ainsi à une question du canton de Berne. En l’occurrence, si un canton devait assortir d’une réserve sa décision d’adhérer à l’AIMP2019, l’AiMp lui refuserait cette adhésion.

* 1. Intégration des dispositions d’exécution dans l’AIMP révisé

Différentes branches économiques réclament depuis des années une harmonisation entre les régimes juridiques de la Confédération et des cantons ainsi qu’entre ceux des cantons eux-mêmes. Le nouvel Accord intercantonal permet de satisfaire cette demande. L’une des étapes nécessaires pour parvenir à cette fin fut d’intégrer dans l’AIMP révisé l’essentiel des dispositions d’exécution jusqu’à présent réglementées au niveau cantonal, respectivement dans les DEMP.

* 1. Dispositions d’exécution cantonales

L’AIMP en vigueur constitue un accord-cadre, alors que l’AIMP révisé règle pratiquement tous les domaines du droit des marchés publics. Dans le cadre de l’art. 63, al. 4, les cantons ont la possibilité d’édicter leurs propres dispositions. L’article cité prévoit que les cantons peuvent édicter des dispositions d’exécution, en particulier pour les art. 10, 12 et 26, pour autant que les engagements internationaux soient respectés. Les cantons conservent en outre la compétence organisationnelle et déterminent en toute autonomie qui, dans le canton, détient quelles compétences en matière de marchés publics.

3. Les nouveautés et principes essentiels

Grâce au nouveau droit des marchés publics, la concurrence axée sur la qualité, les préoccupations relatives au développement durable et la prise en compte de solutions innovantes prendront beaucoup d’importance. Les PME suisses pourront ainsi engranger des points dans les marchés des pouvoir publics. Voici un bref aperçu des changements les plus importants.

3.1 Article relatif au but

L'article relatif au but n'exige plus seulement une utilisation des deniers publics qui soit économique, encore faut-il que cette utilisation ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables (art. 2). Les trois dimensions du développement durable sont ainsi expressément couvertes. Cet ajout tient compte de la prise de conscience accrue de la société en faveur d’une action durable.

L’article relatif au but sert à interpréter les dispositions suivantes. L’ordre d’énumération à l’art. 2 ne signifie pas que le premier but revêt une importance prioritaire par rapport aux suivants. Tous les buts méritent la même attention.

3.2 Clarification des notions et du champ d’application

L’AIMP 2019 contient désormais une courte liste de définitions (art. 3) qui comprend notamment les termes «entreprise publique» et «organismes de droit public». Le champ d’application subjectif concernant les adjudicateurs a été précisé (art. 4). En ce qui concerne le champ d’application objectif, une définition du terme «marchés publics» a été intégrée (art. 8). La délégation de tâches publiques et l’attribution de concession sont désormais expressément traitées comme des marchés publics (art. 9). L’AIMP prévoit d’une part que 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. Les dispositions spéciales du droit fédéral et cantonal demeurent réservées. Ainsi, par exemple, les concessions dans le domaine des forces hydrauliques ne sont pas concernées par ce nouvel article. Les exceptions (art. 10) ont été redéfinies et élargies. Ainsi, il est prévu que l’accord ne s’applique pas aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, des organismes d’insertion socioprofessionnelle, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires (art. 10, al. 1, let. e) ou aux institutions de prévoyance de droit public cantonales et communales (art. 10, al. 1, let. g). L’AIMP 2019 confère aux cantons le droit de définir un assujettissement dans le cadre des dispositions d’exécution cantonales pour ce qui a trait aux marchés passés avec des organismes d’insertion socioprofessionnelle et pour ceux des institutions de prévoyance de droit public cantonales et communales. Pour finir, même si la doctrine et la jurisprudence l’admettent déjà, l’AIMP exempte quatre types de marchés : les monopoles, les marchés *in-state*, *in-house* et *quasi in-house* (art. 10, al. 2).

3.3 Marchés publics axés sur la qualité

Le nouveau droit a pour objectif d’accorder une plus grande importance à la qualité. Qualifié de « changement de paradigme » par différentes instances, cet aspect se retrouve dans plusieurs dispositions de l’accord. Ainsi, le critère de la qualité a gagné en importance et il est mis sur pied d'égalité avec le prix en devenant un critère d'adjudication obligatoire (art. 29, al. 1). L’art. 41 ancre, quant à lui, le nouveau concept de l’offre la «plus avantageuse» à la place de l’offre «économiquement la plus avantageuse» jusqu’à présent utilisé, afin de minimiser l’importance accordée à l’aspect économique des offres lors de leur évaluation. En revanche, les prestations standardisées peuvent, comme par le passé, être attribuées uniquement sur la base du prix global le plus bas.

L’offre la « plus avantageuse » est celle qui répond le mieux aux critères d’adjudication, c’est-à-dire à la qualité globale de l’offre. C'est la raison pour laquelle le soumissionnaire qui a remis l'offre la plus avantageuse dispose d'un droit à l'obtention de l'adjudication en droit des marchés publics. Celui-ci est déterminé en tenant compte de la qualité et du prix d’une prestation, mais aussi, selon l’objet de la prestation, d’autres critères équivalents tels que l’adéquation, les délais, les coûts du cycle de vie, le développement durable, les conditions de livraison, le service à la clientèle, etc. (cf. l’art. 29). La prise en compte d’objectifs secondaires (tels que l’insertion sociale, les places de formation dans la formation professionnelle initiale) est également possible, mais ne doit pas se traduire par une discrimination ou un refus injustifié de l’accès au marché.

3.4 Développement durable

Le développement durable joue un rôle central dans l’Accord révisé. Les dispositions correspondantes figurent aux art. 2, 12, 26, 27, 29 et 30. L’inscription dans l’art. 2 marque un changement de paradigme, dans le sens que le développement durable, autrefois considéré comme un principe étranger au marché, présente désormais un caractère égal aux autres principes des marchés publics que sont la transparence, l’égalité de traitement et la concurrence efficace. Il doit donc être appliqué avec le même degré de priorité. Ainsi, une plus grande marge de manœuvre sera accordée aux pouvoir adjudicateurs dans la prise en compte du développement durable dans ses dimensions économique, sociale et écologique. Une telle marge de manœuvre se doit désormais être exploitée. Ce renforcement du développement durable devrait influencer et influencera de plus en plus la définition du besoin ainsi que la conception des spécifications techniques et des critères d’adjudication dans les appels d’offres futurs.

Demeure toutefois interdite l’utilisation du développement durable à des fins protectionnistes. L’égalité de traitement commande qu’un standard de durabilité tout aussi élevé soit exigé des soumissionnaires suisses et étrangers.

3.5 Nouveaux critères d’adjudication

L’AIMP 2019 introduit désormais la possibilité pour l’adjudicateur de prendre en compte des critères d’adjudication auparavant qualifiés d’«étrangers au marché» dans le cadre d’un marché public. Ces critères sont énoncés à l’art. 29, al. 2. L’adjudicateur peut prendre en compte à titre complémentaire la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation initiale, des places de travail pour les travailleurs âgés ou une réinsertion pour les chômeurs de longue durée.

3.6 Assujettissement de certaines concessions et de la délégation de certaines tâches publiques

Les concessions relevant du droit administratif suisse sont multiples – la concession n’existe pas. Elles sont soumises au droit des marchés publics lorsqu’il s’agit de déléguer une tâche publique, élément définitoire d’un marché public selon l’art. 8. Au sens de l’Accord, l’octroi d’une concession à une entreprise privée implique que cette dernière se voit accorder des droits qu’elle n’avait pas avant. Les concessions sans rapport avec des tâches publiques (par ex. les concessions d’usage privatif) ou qui ne confèrent aucun statut singulier au soumissionnaire ne sont pas soumises à l'Accord.

Du fait de ressources restreintes et de par sa concentration sur ses compétences clés, l’Etat a confié à des entreprises privées des tâches publiques relevant de différents domaines, et ce à tous les échelons (Confédération, cantons et communes). Si l’État, se fondant sur une base légale, décide de confier une tâche publique à des tiers, la délégation de cette tâche publique est en principe soumise au droit des marchés publics (cf. art. 9 à ce sujet), que l’exécution de cette tâche soit financée directement par l’adjudicateur ou par un fonds ou une assurance.

Le renvoi aux «tâches publiques» englobe tous les secteurs dans lesquels une responsabilité d’exécution incombe à l’État. Citons à titre d’exemple la police, c.-à-d. la protection de l’ordre public et la sécurité, la politique de la santé ou encore la politique sociale. Si la loi, par exemple, oblige l’État à veiller à l’élimination de déchets problématiques, ce dernier a la possibilité de déléguer cette tâche à des tiers, pour autant qu’une base légale l’y autorise.

Les cantons et les communes sont soumis à l’obligation, prévue à l’art. 2, al. 7, LMI, de lancer un appel d’offres pour les concessions. Pour l’octroi de concessions de monopoles et de concessions de services publics, le droit des marchés publics, axé sur la concurrence et la rentabilité, n’est pas non plus toujours approprié. C’est pourquoi les règles de droit spécial priment (par ex. art. 3a et art. 5 al. 1 LApEl, art. 60, al. 3bis, et 62, al. 2bis, LFH; les règlementations cantonales peuvent également être considérées comme des règles de droit spécial).

3.7 Plateforme de publication commune de la Confédération et des cantons

L’utilisation des technologies modernes de l’information améliore la transparence des marchés publics et facilite l’entrée sur le marché. Tant dans la procédure ouverte que dans la procédure sélective, l’appel d’offres, l’adjudication et l’interruption de la procédure sont obligatoirement publiés sur la plateforme Internet (aujourd’hui simap.ch) pour les marchés publics, exploitée conjointement par la Confédération et les cantons (art. 48). Une obligation de publication existe par ailleurs aussi pour les adjudications de gré à gré des marchés soumis aux accords internationaux. Outre les cantons qui utilisent déjà simap.ch de manière obligatoire, tous les autres adjudicateurs doivent désormais également publier sur simap.ch les marchés dans les procédures ouverte et sélective. Les cantons sont libres de prévoir des organes de publication supplémentaires.

L’utilisation accrue des technologies modernes de l’information dans les marchés publics, en particulier de simap.ch, augmentera encore la transparence des marchés publics et réduira la charge de travail des soumissionnaires. Actuellement, quelque 20’000 publications d’une valeur de marché d’environ 17,5 milliards de francs sont publiées chaque année sur simap.ch. Avec l’obligation légale pour tous les pouvoirs adjudicateurs soumis au concordat de publier sur simap.ch, le nombre de marchés publiés et le volume des adjudications devraient fortement augmenter à l’avenir.

3.8 Délais réduits afin d’accélérer la procédure

L’AMP comprend désormais de nouvelles réductions des délais minimaux qui sont à présent reprises dans le droit national. Des réductions des délais pour les marchés soumis aux accords internationaux sont possibles dans la procédure ouverte, mais aussi dans la procédure sélective (art. 47). En ce qui concerne les marchés qui ne tombent pas dans le champ d’application des accords internationaux, le délai de remise des offres est en général de 20 jours. Ce délai minimal ne peut être raccourci qu’exceptionnellement pour des marchandises et des services standardisés, un délai minimal de cinq jours devant dans tous les cas être respecté (art. 46 al. 4). Dans le respect du délai minimal de cinq jours, les cantons ont la possibilité de prévoir d’autres délais.

3.9 Procédure de recours optimisée

Le délai de recours a été allongé à 20 jours, afin d’assurer l’harmonisation entre la Confédération et les cantons (art. 56). Les cantons ne disposent aujourd’hui que d’un délai de recours de dix jours. Celui-ci s’avère être particulièrement court en comparaison avec les autres délais de recours.

Seul le tribunal administratif est compétent au niveau cantonal pour les procédures de recours en lien avec les marchés publics, quand la valeur du marché atteint au moins la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation (art. 52). L’instance de recours peut statuer sur les éventuelles demandes en dommages-intérêts, en même temps qu’elle procède à la constatation de la violation du droit (art. 58). Comme précédemment, les féries judiciaires ne s’appliquent pas.

3.10 Mesures contre les conflits d’intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption

L’amélioration des conditions-cadres pour la concurrence est au cœur de la révision de l’AMP. Cet objectif doit principalement être atteint grâce à une transparence accrue et à une lutte plus systématique contre la corruption qui fausse ou empêche la concurrence. La corruption peut revêtir de nombreuses formes. Elle repose sur l’octroi et l’acceptation d’avantages matériels pour lesquels il n’existe aucun droit légal.

L’art. 11 oblige les cantons à prendre des mesures contre les conflits d’intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption. Les cantons sont tenus de prévoir des mesures appropriées à cet effet. On peut par exemple penser ici à la publication active et appropriée de toutes les informations sur une procédure d’adjudication et à la divulgation des différentes étapes de la procédure aux soumissionnaires, à la dénonciation des actes de corruption et d’autres infractions pénales, à la coopération active aux investigations et à la poursuite pénale de la corruption, ainsi qu’au gel, à la saisie, à la confiscation et à la restitution des produits des délits, au prononcé de sanctions disciplinaires et à la mise en œuvre des conséquences en matière de personnel, à l’approfondissement actif et à la diffusion de la prévention de la corruption, à la formation et au perfectionnement des pouvoirs adjudicateurs ou à l’utilisation de règles de conduite pour l’accomplissement correct et en bonne et due forme des tâches de l’adjudicateur.

3.11 Exclusion, révocation et sanctions

La liste des motifs d’exclusion et de révocation cités à titre d’exemple est structurée dans l’AIMP révisé de façon systématique et enrichie. L’art. 44 contient une liste non exhaustive des motifs possibles. Deux catégories sont désormais distinguées: l’al. 1 exige des connaissances certaines pour prononcer une exclusion, une révocation ou une radiation d’une liste officielle. Le fait que l’adjudicateur puisse tenir compte des expériences négatives faites à l’occasion de marchés antérieurs, tout comme des résultats d’investigations menées par la COMCO (accords de soumission, collusion) représente une nouveauté capitale (let. h). Le pouvoir adjudicateur a aussi la possibilité de ne pas prendre en considération des soumissionnaires qui ont fait l’objet d’une exclusion entrée en force selon l’art. 45 al. 1 (let. j). A l’al. 2, des indices suffisants permettent d’exclure un soumissionnaire, de le radier d’une liste ou de révoquer une adjudication. Si l’exclusion ou la révocation se fondent sur un motif non énoncé, l’adjudicateur doit à chaque fois disposer d’indices suffisants.

L’art. 45 inscrit en outre les sanctions «avertissement», «exclusion» (jusqu’à cinq ans) et «amende» (jusqu’à 10% du prix final de l’offre) dans l’AIMP révisé. Une liste non publique des soumissionnaires et sous-traitants sanctionnés est tenue.

3.12 Nouveaux instruments

L’Accord révisé entend accorder aux adjudicateurs et aux soumissionnaires une marge de manœuvre maximale (dans le respect des principes du droit des marchés publics), tout en encourageant l’utilisation des technologies modernes de l’information dans les marchés publics. Au plan matériel, les modifications proposées concernent notamment l’introduction d’instruments d’acquisition flexibles, qui permettent à leur tour la création de solutions innovantes. Il s’agit d’instaurer la plus grande marge de manœuvre possible dans la perspective des évolutions futures, par exemple dans le domaine de l’acquisition de prestations intellectuelles. Les instruments, tels que le dialogue entre l’adjudicateur et les soumissionnaires (art. 24), la possibilité de conclure des contrats-cadres déjà mise à profit en pratique depuis un certain temps (art. 25), avec la procédure de conclusion de contrats subséquents ainsi que la conduite d’enchères électroniques (art. 23), sont ancrés dans l’AIMP.

3.12.1 Dialogue

En cas de marchés complexes, de prestations intellectuelles ou de prestations innovantes, il est souvent impossible de décrire et de délimiter le contenu du marché de façon suffisamment précise dans un cahier des charges, déjà avant l’appel d’offres. Dans ce cas, l’instrument du dialogue peut être choisi et utilisé dans la procédure sélective et ouverte.

Dans le cadre du dialogue, l’adjudicateur peut, en concertation avec des soumissionnaires sélectionnés, élaborer des pistes de solutions ou de procédés devant déboucher, au terme de ce dialogue, sur une description des prestations tenant compte à la fois des exigences de l’adjudicateur comme des capacités et des ressources des soumissionnaires. Ainsi, l’adjudicateur a à sa disposition un instrument lui permettant de mettre à profit, sur un marché donné, le savoir-faire spécifique des soumissionnaires et de promouvoir l’innovation. Les interruptions de procédures et nouveaux appels d’offres peuvent ainsi être évités. Pour les soumissionnaires, le dialogue présente également un avantage : ils n’ont pas à élaborer leur offre dans les moindres détails dès le début de la procédure d’adjudication, mais peuvent l’affiner au cours d’un processus continu.

Le dialogue ne doit pas être engagé dans le but de négocier les prix offerts (cf. à ce propos l’art. 11, let. d). En conséquence, il est expressément rappelé que le dialogue ne doit pas être mené dans le but de négocier les prix et les prix globaux (art. 24, al. 2).

Citons comme exemple d’une telle tâche complexe dont les conditions-cadres ne peuvent pas être déterminées par avance, le changement d’affectation d’une friche industrielle avec un usage futur inconnu et de nombreux propriétaires impliqués.

3.12.2 Contrats-cadres

Dans les contrats-cadres, l’appel d’offres ne porte pas sur un volume de prestations déterminé, mais sur le droit pour l’adjudicateur d’acquérir certaines prestations dans un laps de temps donné. Les contrats- - 9 - cadres font notamment l’objet d’un appel d’offres pour des raisons économiques, afin d’éviter une dépendance par rapport à un seul fournisseur ou pour prévenir toute difficulté d’approvisionnement. La possibilité de conclure des contrats-cadres ne constitue pas une procédure en soi. Elle peut être appliquée dans le cadre des procédures d’adjudication existantes. Même si l’instrument du contrat-cadre se traduit par une certaine flexibilité pour le pouvoir adjudicateur, l’Accord exige cependant clairement que la durée du contrat-cadre ainsi que les prix (maximaux) soient au moins fixés. L’objet du contrat doit également être défini de manière aussi concrète et exhaustive que possible pour obtenir des prix facturables.

L’Accord distingue entre le contrat-cadre avec un adjudicataire (cf. art. 25 al. 4) et celui avec plusieurs adjudicataires (cf. art. 25 al. 5). Des «raisons suffisantes» sont en outre exigées pour le contrat-cadre avec adjudication multiple.

3.12.3 Enchères électroniques

L’enchère électronique ne constitue pas une procédure d’adjudication autonome, mais un instrument qui peut être utilisé dans le cadre d’un projet d’acquisition.

Au cours d’une première phase (préqualification), l’adjudicateur vérifie les critères d’aptitude et les spécifications techniques, puis procède à une première évaluation. Ce n’est que dans un deuxième temps que l’enchère à proprement parler intervient dans la procédure, plusieurs séances d’évaluation étant possibles. Les soumissionnaires peuvent modifier le prix ou certains composants quantifiables de leurs offres. L’évaluation des offres modifiées et le nouveau classement correspondant des soumissionnaires sont opérés par un système automatisé.

Le champ d’application de l’enchère électronique s’étend uniquement aux prestations standardisées. Les autres prestations (p. ex. prestations intellectuelles) ne peuvent donc pas faire l’objet d’une enchère électronique. La pratique devra montrer où ce nouvel instrument pourra être utilisé avec profit.

4. Consultations auprès des cantons

La consultation relative au P-AIMP s’est déroulée du 22 septembre au 19 décembre 2014. Tous les cantons ainsi que 58 organisations et particuliers y ont participé. Une délégation cantonale du groupe de travail a préalablement présenté le projet au Bureau Interparlementaire de Coordination (BIC) et s’est tenue à disposition pour un échange. Le BIC a également remis une prise de position.

Dans les prises de position, les participants à la consultation se sont notamment exprimés sur l’harmonisation parallèle en tant que démarche proposée, la définition de la protection juridique, le maintien de l’interdiction de négociation et le droit de recours des autorités proposé par la COMCO. Dans d’autres réponses, les participants à la consultation ont également préconisé une prise en compte accrue de la durabilité en fonction des aspects écologiques, sociaux et économiques.

A l'issue de la procédure de consultation, le projet a été remanié en fonction des réponses reçues. Par la suite, en raison de la transmission du projet de révision de la loi fédérale sur les marchés publics (PLMP) au Parlement fédéral le 15 février 2017, les cantons ont suspendu leurs travaux afin de pouvoir garantir l'harmonisation parallèle souhaitée avec la Confédération.

Après l’adoption de la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, avec différentes modifications, dans le cadre des délibérations finales du Conseil national et du Conseil des Etats le 21 juin 2019, les cantons ont vérifié une nouvelle fois lesquelles de ces modifications devaient également être reprises dans l’AIMP à la lumière de l’harmonisation parallèle, et celles pour lesquelles des différences par rapport au droit fédéral devaient en revanche subsister.

Une consultation succincte a été réalisée à cet effet, à laquelle le BIC a également été convié. Des adaptations ont ensuite été réalisées pour les dispositions où au moins trois-quarts des cantons ont approuvé une harmonisation. Les adaptations pour lesquelles aucune majorité claire n’a pu être déterminée ont fait l’objet de discussions approfondies lors de l’assemblée générale en septembre et de l’assemblée plénière spéciale de novembre 2019, puis décidées par vote. L’Accord intercantonal présenté est donc un accord soigneusement rédigé et solide.

5. Effets pour les soumissionnaires

L’harmonisation des règles en matière de marchés publics de la Confédération et des cantons permet aux soumissionnaires de standardiser encore davantage leurs processus. Ils peuvent s’attendre à moins de travail de clarification, également en raison d’une jurisprudence qui devrait être plus homogène et d’une plus grande clarté des bases légales.

Certaines dispositions visent en outre directement une réduction de la charge administrative de la part des soumissionnaires. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs ne pourront par exemple demander les attestations en relation avec les conditions de participation des soumissionnaires qu’à un stade ultérieur de la procédure (p. ex. une garantie bancaire, art. 26 al. 3 et art. 27 al. 3). L’utilisation plus répandue des technologies modernes de l’information dans les marchés publics, notamment de la plateforme Internet conjointe de la Confédération et des cantons (simap.ch), devrait également réduire la charge administrative pour les soumissionnaires.

Grâce aux nouvelles orientations, par exemple la concurrence de qualité, la prise en compte du développement durable de même que la capacité d’innovation des entreprises, les PME suisses peuvent mettre en avant leurs atouts dans le cadre des marchés publics.

6. Effets pour les adjudicateurs

La révision de l’AIMP se traduit par une simplification et des améliorations du cadre juridique. Des instruments éprouvés dans la pratique, par exemple le recours aux marchés in-house (art. 10, al. 3, let. c) ou aux accords-cadres (art. 25) ont été ancrés dans l’accord révisé. Il en résulte une réglementation plus complète et plus précise. De nouveaux instruments tels que les enchères électroniques (art. 23) ou la procédure de dialogue (art. 24) sont en outre disponibles pour les adjudicateurs et les soumissionnaires. Il en résulte une plus grande flexibilité et l’encouragement du recours à une technologie moderne de l’information.

Des sanctions ont par ailleurs été introduites afin de poursuivre les soumissionnaires et les sous-traitants. Les dispositions des art. 44 et 45 prévoient la possibilité d’infliger des amendes pouvant aller jusqu’à l’exclusion pour une durée jusqu’à cinq ans des futurs marchés. Dans les cas mineurs, un avertissement peut être prononcé. Il s’agit de s’assurer que les dispositions en vigueur de la protection du travail, des conditions de travail, de l’égalité salariale et de la protection de l’environnement soient respectées. Pour finir, la valeur seuil pour les fournitures dans les procédures de gré à gré a été relevée de CHF 100’000.- à CHF 150’000.-. Cette nouveauté a l’avantage d’accorder aux adjudicateurs une plus grande marge de manœuvre pour l’adjudication de petits marchés de fournitures.

Par ailleurs, cette valeur seuil est à présent alignée sur les valeurs seuils des procédures de gré à gré des marchés de services et de construction du second œuvre. Une harmonisation avec les valeurs seuils de la Confédération dans le domaine des marchés de gré à gré est ainsi réalisée.

1. Décret d’adhésion par le canton de Fribourg et révision générale de la législation sur les marchés publics
2. Transposition de l’AMP 2012 par le canton de Fribourg

L’AIMP 2019 transpose de manière harmonisée au niveau intercantonal les dispositions contraignantes de l’AMP 2012, qui constitue le fondement international du droit des marchés publics. En adhérant à l’AIMP 2019, le canton de Fribourg satisfait ainsi à son obligation de transposer dans son droit cantonal dites dispositions.

L’adhésion à l’AIMP 2019 implique pour le canton de Fribourg une refonte de sa législation en matière de marchés publics, soit une révision totale de la loi du 11 février 1998 sur les marchés publics (LMP ; RSF 122.91.1) et de son règlement d’application du 28 avril 1998 (RMP ; RSF 122.91.11).

1. Organisation de projet et mise en consultation

L’adhésion à l’AIMP 2019 implique pour le canton de Fribourg une refonte de sa législation en matière de marchés publics, soit une révision totale de la loi du 11 février 1998 sur les marchés publics (LMP ; RSF 122.91.1) et de son règlement d’application du 28 avril 1998 (RMP ; RSF 122.91.11).

Afin d’analyser les conséquences de cette adhésion et de procéder à la révision générale de la loi et du règlement sur les marchés publics, le Conseil d’Etat a validé, le 29 juin 2020, sur proposition de la DAEC, une organisation de projet composée d’un COPIL, d’un comité de projet, de groupes de travail spécifiques et de la possibilité de faire appel à des experts.

Le COPIL, présidé par le Directeur AEC et composé de représentants et représentantes de l’administration actifs dans le domaine des marchés publics, des finances et du développement durable, de membres du pouvoir judiciaire, du comité de l’Association des communes fribourgeoises, des partenaires sociaux (FFE, UNIA, FEDE et Union patronale) et de la SIA Section Fribourg, s’est vu confier le suivi des travaux d’adhésion au nouvel AIMP, ainsi que de révision de la législation fribourgeoise en matière de marchés publics. Ses tâches ont consisté à proposer des orientations et idées, ainsi qu’à discuter et valider les textes et concepts élaborés par le comité de projet.

Le comité de projet, conduit par la cheffe de projet, conseillère juridique en charge des marchés publics à la DAEC et composé de représentants et représentantes de l’administration actifs dans le domaine des marchés publics, des finances, de la légistique et du développement durable, de l’Association des communes Fribourgeoises, des entreprises publiques et des partenaires sociaux, a eu comme tâches de proposer des concepts et solutions au COPIL pour l’élaboration, d’une part, de l’acte d’adhésion, et, de l’autre, pour un avant-projet de loi sur les marchés publics, avec un règlement d’application.

Quatre groupes de travail ont par ailleurs planché sur des thèmes spécifiques : respect des conditions de travail, développement durable, concours et mandats d’étude parallèles et légistique. Ces groupes étaient composés de divers membres du COPIL et du comité de projet, en fonction de leurs domaines de compétences respectifs. Le groupe « Concours et mandats d’étude parallèles » a pu compter sur la précieuse contribution de Me Jean-Michel Brahier, avocat, docteur en droit et chargé de cours à l’Université de Fribourg

Enfin, le Professeur Martin Beyeler a transmis à titre gracieux à la cheffe de projet diverses réflexions avisées et autres points de vigilance au sujet de l’AIMP 2019 et de la révision générale de la législation à venir.

Grâce à l’excellente implication des différents intervenants et intervenantes, tous et toutes spécialisés dans les domaines gravitant autour des marchés publics, les travaux ont avancé à un rythme soutenu et ont abouti, en l’espace d’une année, à un projet de décret d’adhésion, un avant-projet de loi et son rapport explicatif, ainsi qu’un projet de règlement et son commentaire.

Afin que la suite des travaux puisse avoir lieu cette année encore avec les mêmes participants et participantes, parmi lesquels des députés, et que le Grand Conseil puisse traiter l’avant-projet de loi avant la fin de la présente législature, le délai de consultation est raccourci à deux mois.

.

1. Nouveautés et continuité

Plus complet et plus précis, l’AIMP 2019 optimise le régime légal actuel et le rend plus transparent. Il clarifie certaines notions au moyen de définitions légales, compile la jurisprudence et offre en définitive un corps de règles commun souhaité de longue date pour régir la passation des marchés publics au niveau des cantons et, à de rares exceptions près, de la Confédération. Cette harmonisation permettra aux soumissionnaires de standardiser davantage leurs processus de présentation des offres et contribuera ainsi à réduire leur charge de travail administrative.

En contrepartie de l’accès à ce nouveau corps de règles, le canton de Fribourg, à l’instar des autres cantons, accepte de renoncer à son autonomie législative dans une large mesure, sous réserve de la compétence résiduelle instaurée par l’art. 63, al. 4 AIMP pour édicter des dispositions d’exécution dans des domaines particuliers restreints.

Pour le canton de Fribourg, l’adhésion à l’AIMP 2019 s’inscrit dans la continuité du régime légal actuel. Pouvoirs adjudicateurs, soumissionnaires et mandataires conserveront ainsi leurs automatismes dans une certaine mesure.

Cette adhésion impose la transposition et la concrétisation de certaines dispositions au niveau cantonal. Il convient ainsi, à titre d’exemple, de désigner les différentes autorités compétentes, notamment l’autorité compétente pour prononcer des sanctions au sens de l’art. 45 AIMP ; mais aussi de préciser si l’existence de voies de recours (art. 52, al. 1 AIMP) pour les marchés de faible importance est fonction d’une valeur seuil ou d’un type de procédure en particulier ou encore de préciser les règles à appliquer en procédure sur invitation.

En matière d’assujettissement, le canton de Fribourg propose de suivre la position finalement adoptée à l’art. 10, al. 1, let. g AIMP 2019 par la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l’aménagement du territoire et de l’environnement (DTAP) d’exempter des marchés publics les institutions de prévoyance de droit public des cantons et des communes. Il propose également que les marchés passés avec des organismes d’insertion socioprofessionnels – et non par – soient soustraits au champ d’application des marchés publics en application de l’art. 10, al. 1, let. e AIMP 2010. Enfin, l’exemption de la Banque cantonale fribourgeoise qui figurait jusqu’alors dans le règlement cantonal (cf. art. 2 al. 2 RMP) est inscrite dans la loi.

Le canton de Fribourg souhaite également saisir l’opportunité que représente cette adhésion pour introduire, en sus des sanctions et mesures déjà prévues par l’AIMP 2019, de nouvelles mesures pour lutter contre les dérives de la sous-traitance en cascade (travail au noir, violation des conditions de travail et de salaire) en interdisant, par principe, le recours à la sous sous-traitance. Cette interdiction déjà présente dans d’autres législations cantonales est toutefois assortie d’exceptions. Outre cette interdiction, l’obligation faite à l’adjudicateur d’insérer une peine conventionnelle dans le contrat conclu avec le soumissionnaire retenu afin d’assurer tout au long de la phase d’exécution du marché le respect des exigences de l’art. 12 AIMP (par exemple le respect des conditions de travail applicables, l’interdiction du recours au travail au noir ou encore l’égalité salariale) déjà prévue dans le droit actuel, est introduite dans la loi.

A l’occasion de la refonte complète de sa législation, le canton de Fribourg propose par ailleurs d’inscrire dans sa loi différents principes relatifs au développement durable, renforçant ainsi sa législation actuelle, dans le sens du changement de paradigme voulu par l’AIMP 2019 (marchés axés sur la qualité).

En outre, le canton de Fribourg propose d’inscrire désormais dans la loi les tâches et la composition du centre de compétence en matière de marchés publics, en y incluant de nouveaux membres au niveau de l’administration cantonale, mais aussi en y ajoutant une représentation des communes. L’objectif est d’apporter des réponses et de produire des documents modèles en profitant de la synergie dégagée par les membres d’une équipe disciplinaire.

Enfin, il y a lieu de relever que l’harmonisation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics ne s’achève pas avec la révision parallèle du droit des marchés publics, mais requiert une étroite collaboration et coordination dans les questions d’exécution, tant entre les cantons, qu’entre les cantons et la Confédération. Lors de l’assemblée plénière extraordinaire de l’AiMp du 15 novembre 2019, le conseiller fédéral Ueli Maurer et les représentants des gouvernements cantonaux ont soutenu le principe d’une mise en œuvre harmonisée du nouveau droit. Cette harmonisation des marchés publics dans le cadre de l’exécution est bénéfique à l’ensemble des acteurs des marchés publics.

4. Instrument parlementaire

**4.1 Contexte**

Par motion déposée et développée le 5 février 2020 (2020-GC-14), les députés Nicolas Kolly et Claude Brodard ont demandé une modification de la loi sur les marchés publics afin de ne plus systématiquement contraindre les collectivités publiques à organiser un concours d’architecture lors de projets de construction et de rénovation des bâtiments publics.

Les motionnaires ont proposé d’inscrire dans la loi sur les marchés publics un nouvel article rendant facultative l’organisation d’un concours d’architecture pour les bâtiments publics et n’imposant cette procédure que pour des projets de construction dont le coût dépasserait nettement le montant de 5 millions prévu à l’article 48 al. 2 du règlement sur les marchés publics. Dans le cas où un concours serait obligatoire, les nouvelles dispositions de la loi devraient également en préciser le type et admettre le concours d’architecture en entreprise totale, en sus du concours d’architecture ordinaire.

Dans sa réponse du 14 décembre 2020, le Conseil d’Etat a indiqué que la situation juridique qui prévaut actuellement a fait ses preuves dans son ensemble et qu’elle a contribué à la réalisation de constructions et d’infrastructures publiques de qualité tant sur le plan constructif et architectural qu’urbanistique, mais qu’une adaptation du montant minimal et une clarification sur les différents types de concours pourraient contribuer à plus de clarté, notamment pour les communes.

Cela étant, la multiplication des projets, tant au niveau communal que cantonal, ont amené le Conseil d’Etat à penser que, dans certaines situations, le recours à une procédure de concours de type SIA 142 peut ne pas être adapté à la situation. Il y a d’autres procédures qui ont fait leurs preuves, comme les mandats d’étude parallèles par exemple. Pour le Conseil d’Etat, l’objectif principal reste la recherche de la meilleure solution par une procédure de mise en concurrence des idées accompagnée par un débat de professionnels (jury ou commission), qui permet une pesée des intérêts entre les différents paramètres et contraintes fonctionnels, qualitatifs et quantitatifs, dans une approche globale et objective. Cela répond aussi à la nouvelle démarche de l’Office fédéral de la culture sur la culture du bâti, largement approuvée par les Chambres fédérales dans le cadre du Message sur la culture 2021–24.

Dans certaines circonstances particulières, l’Etat de Fribourg a d’ailleurs déjà renoncé à l’organisation d’un concours de type SIA 142/143, au profit d’une mise en concurrence dans le cadre d’appels d’offres.

Le Conseil d’Etat a par ailleurs relevé que le dépôt de la motion Kolly/Brodard survient dans un contexte particulier, puisque l’Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) a adopté en novembre 2019 l’Accord intercantonal sur les marchés publics révisé (AIMP 2019). Dans le cadre du processus d’adhésion à l’AIMP révisé, le canton de Fribourg a également entamé une révision générale de sa législation en matière de marchés publics.

Aussi, le Conseil d’Etat a proposé au Grand Conseil d’entrer en matière sur la motion mais de l’autoriser à la traiter, dans l’esprit de l’objectif cité plus haut, dans le cadre de la révision générale de sa législation traitant des marchés publics, dont les travaux ont commencé en septembre 2020.

Le 15 février 2021, le Grand Conseil a accepté d’entrer en matière sur la motion et autorisé le Conseil d’Etat à la traiter dans le cadre de la révision générale sur les marchés publics.

**4.2 Elaboration d’un nouveau mécanisme**

Le groupe de travail « concours et mandats d’étude parallèles », composé de représentants et représentantes de la DAEC, du SBat, du SPC, du comité de l’Association des communes fribourgeoise ainsi que de la SIA Section Fribourg a élaboré, avec le soutien de Me Jean-Michel Brahier, un mécanisme innovant en la matière, avec un système d’étude préliminaire obligatoire, afin de mettre en œuvre la motion des députés Kolly et Brodard.

En matière de construction, de rénovation ou de transformation d’un bâtiment ou d’un ouvrage d’art ainsi que dans le domaine de l’aménagement du territoire ou de l’urbanisme, l’étude préliminaire obligatoire permet de déterminer quelle procédure doit être choisie (concours, mandat d’étude parallèle, appel d’offre), sans ne plus imposer l’obligation de recourir systématiquement à la procédure de concours au-delà d’un certain seuil.

Ce compromis permet de répondre au souci des motionnaires d’alléger les procédures, tout en garantissant la qualité des objets puisque des concours / mandats d’étude parallèles seront mis en place là où les résultats de l’étude préliminaire le commandent (du moins lorsque la valeur du marché dépassent les valeurs seuil prévues dans les traités internationaux.

Le principe de base du nouveau système proposé est ancré à l’article 10 LMP-FR et précisé par le biais des articles 7ss RMP-FR.

1. **Commentaire article par article de l’avant-projet de loi sur les marchés publics (LMP-FR)**

**Chapitre I But et champ d’application**

**Art. 1 But**

Cet article définit le but de la loi. Il s’inscrit dans la logique de l’adhésion du canton de Fribourg à l’AIMP 2019 par voie de décret**.**

**Art. 2 Exceptions (art. 10 AIMP)**

L’art. 2 correspond à l’article 2 al. 2 du règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RMP). Il maintient une exemption des marchés publics en faveur de la Banque cantonale fribourgeoise en vertu des art. 63, al. 4 et 10 AIMP 2019. Une telle exemption des marchés publics en faveur des banques cantonales existe également dans d’autres législations cantonales, ce qui se justifie dès lors que ces établissements revêtent un caractère commercial. L’assujettissement subjectif au droit des marchés publics est une question centrale de la législation, raison pour laquelle elle doit être traitée dans la loi plutôt que dans l’ordonnance d’application.

**Chapitre II Dispositions particulières**

**Art. 3 Langue de l’avis d’appel d’offres (art. 48 AIMP)**

Cet article précise dans quelle(s) langue(s) la publication des avis d’appels d’offres publics doit être effectuée.

**Al.1**

L’alinéa premier impose de publier les appels d’offres publics des marchés soumis aux accords internationaux en français et en allemand, étant rappelé que seul le français est une langue officielle de l’Organisation mondiale du commerce. Pour les marchés soumis aux traités internationaux, une publication en allemand seulement ne respecterait dès lors pas les règles de traités concernés.

**Al. 2**

L’alinéa deux prévoit que les avis d’appels d’offres publics des marchés non soumis aux accords internationaux doivent au moins être rédigés dans la langue officielle du lieu d’exécution du marché.

**Al. 3**

L’alinéa trois ne concerne que les marchés de l’Etat. Que les marchés de l’Etat soient soumis ou non aux traités internationaux, les avis d’appels d’offres y relatifs doivent être rédigés en français et en allemand.

**Art. 4 Sous-traitants (art. 12 AIMP)**

Le nouvel AIMP contient plusieurs règles applicables en matière de sous-traitance et se veut plus incisif avec cette thématique que ne l’a été par le passé l’AIMP 1994 /2001 ou ses Directives d’exécution (DEMP). Le régime instauré par les art. 44 et 45 AIMP 2019 est particulièrement parlant à cet égard puisque ces deux dispositions permettent, dans le premier cas, de répercuter sur un soumissionnaire un motif d’exclusion ou de révocation imputable à l’un de ses sous-traitants et, dans le second cas, de sanctionner directement un sous-traitant.

Cet article réglemente le recours à la sous-traitance en application des articles 12, 26 et 63, al. 4 AIMP 2019. Il s’inscrit dans le prolongement de la pratique des pouvoirs adjudicateurs qui s’est largement développée dans le domaine de la construction, mais pas uniquement, pour prévenir et sanctionner les atteintes aux aspects sociaux des marchés publics.

**Al. 1 et 2**

Les al. 1 et 2 reprennent les obligations d’annonce et de contrôle des sous-traitants déjà imposées aux soumissionnaires aux articles 6, 6a et 1 aRMP. Ils complètent sur ce point l’article 12, al. 4 AIMP 2019 (qui rappelle que les sous-traitants sont également tenus de respecter les conditions de participation au marché tant durant la procédure de marché public que durant la phrase subséquente d’exécution du marché), ainsi que l’art. 26 AIMP 2019. En effet, pour que l’adjudicateur puisse s’assurer que les sous-traitants remplissent les conditions de participation (cf. art. 12 AIMP 2019), qu’ils sont à jour avec le paiement de leurs impôts et cotisations sociales exigibles et qu’ils ne concluent pas d’accords illicites affectant la concurrence aux termes de l’art. 26 AIMP 2019, les soumissionnaires doivent nécessairement être soumis au préalable à l’obligation d’annoncer leurs sous-traitants, même potentiels. Le commentaire de l’art. 31, al. 1 AIMP 2019 va dans le même sens. Cette obligation d’annonce est satisfaite, dans un premier temps, lors de la phase de remise des offres puisque c’est dans l’offre qu’il dépose que le soumissionnaire va indiquer les sous-traitants, parfois potentiels, auxquels il entend confier certaines prestations pour l’exécution du marché.

En phase d’exécution du marché, cette obligation d’annonce doit être satisfaite à chaque fois que le soumissionnaire retenu désire confier des prestations à un ou plusieurs autres sous-traitants que ceux préalablement annoncés dans son offre. Par « objet » des prestations sous-traitées, l’on vise la nature des travaux ou des services dont l’exécution sera confiée aux sous-traitants, par exemple une entreprise de maçonnerie qui sous traite les travaux de ferraillages et d’échafaudages ou une entreprise de serrurerie qui sous-traite les travaux de peinture des garde-corps.

Dans le domaine informatique, on peut citer l’exemple du fournisseur d’une solution informatique (soumissionnaire) qui sous-traite le développement de la tierce maintenance applicative (TMA) ou celui d’un soumissionnaire qui sous-traite la configuration et la gestion d’un cloud ou encore la gestion d’une base de données et le cryptage y afférent. Le fournisseur d’un logiciel (soumissionnaire) pourra également sous-traiter la partie des prestations nécessaires à la réalisation d’un data center. Par « part » des prestations sous-traitées, l’on vise l’aspect quantitatif desdites prestations, soit leur volume au regard de l’ensemble des prestations qui composent le marché.

**Al. 3**

Depuis plusieurs années, les pouvoirs adjudicateurs ont pris conscience de la nécessité de réglementer le recours à la sous-traitance dans leurs documents d’appel d’offres. Aussi, la sous-traitance n’est généralement plus autorisée pour tout type de prestations comprises dans un marché mais le plus souvent cantonnée à la réalisation de prestations spécifiques. De plus, les pouvoirs adjudicateurs prennent désormais des dispositions pour limiter voire exclure totalement la formation de chaînes de sous-traitants. Car si la sous-traitance se déroule généralement dans de bonnes conditions et constitue le plus souvent un avantage quand ce n’est pas une nécessité pour pouvoir réaliser le marché, la sous-traitance en cascade est, quant à elle, source de nombreux problèmes. La sous-traitance en cascade exerce, en premier lieu, une pression sur les prix auxquels les prestations sont effectuées. A chaque niveau de sous-traitance supplémentaire, cette pression sur les prix augmente en raison de la marge que va se ménager chaque sous-traitant. Dans les domaines régis par des conventions collectives de travail, cette pression sur les prix augmente tout spécialement les risques de non-respect des conditions de travail et des salaires minimaux du personnel occupé, en particulier pour les travailleurs se situant tout en bas de la chaîne de sous-traitance. En deuxième lieu, elle rend totalement opaque l’identité des entités qui œuvrent effectivement à la réalisation des prestations. Enfin, en troisième lieu, cette sous-traitance en cascade dilue la responsabilité et l’implication des différentes entreprises dans la réalisation des prestations requises et rend plus complexe la recherche des responsables lorsque les prestations ne sont pas réalisées ou pas dans les délais convenus, ne respectent pas les normes applicables, présentent des défauts, etc.

Pour ces différentes raisons, l’al. 3 consacre une interdiction générale de principe du recours à la sous sous-traitance, à l’instar de ce que prévoient déjà d’autres législations cantonales à l’heure actuelle. Cette interdiction de la sous sous-traitance revient en définitive à n’autoriser qu’un seul niveau de sous-traitance aux soumissionnaires lorsque le pouvoir adjudicateur admet la sous-traitance pour son marché. Cette mesure ne limite pas nécessairement les soumissionnaires dans le choix de leurs sous-traitants puisqu’ils pourront, cas échéant, faire remonter d’un cran dans la chaîne de sous-traitance, les prestataires [des sous-traitants de deuxième niveau] dont ils auront besoin pour réaliser le marché. Ainsi, en lieu et place d’annoncer un sous-traitant dont le soumissionnaire sait pertinemment que celui-ci sous-traitera une partie des prestations à un sous-traitant de deuxième niveau, le soumissionnaire devra annoncer ces deux sous-traitants (le sous-traitant de premier niveau et le sous-traitant de deuxième niveau) dans son offre. Cela impliquera pour les soumissionnaires une meilleure anticipation des besoins et des moyens à mettre en place pour exécuter les marchés. En particulier, une plus grande attention devra être apportée à la sélection des prestations que les soumissionnaires entendent réaliser eux-mêmes et de celles qu’ils entendent sous-traiter. Cette interdiction de la sous sous-traitance vise à endiguer ces fameuses chaînes de sous-traitance et les différents problèmes qu’elles posent en pratique (atteinte aux aspects sociaux, travail au noir, concurrence déloyale, etc.). Seront ainsi prohibées à l’avenir les situations dans lesquelles un sous-traitant annoncé par le soumissionnaire (1er niveau de sous-traitance) sous-traite, à son tour, tout ou partie de ces prestations à un deuxième sous-traitant (2ème niveau de sous-traitance), qui sous-traite lui aussi, tout ou partie de ces prestations, à un troisième sous-traitant (3ème niveau de sous-traitance) et ainsi de suite.

**Al. 4**

Compte tenu de la situation particulière de certains marchés, cette interdiction générale de principe du recours à la sous sous-traitance mérite cependant d’être assortie d’exceptions, exceptions dans tous les cas limitées à un deuxième niveau de sous-traitance. Ces situations particulières, à l’exemple des marchés de travaux en entreprise générale ou totale, sont énoncées à l’al. 4 et doivent être interprétées restrictivement en pratique quand bien même l’al. 4 confère une marge d’appréciation au pouvoir adjudicateur.

Selon la jurisprudence et la doctrine, l’entreprise générale désigne, en pratique, le contrat par lequel une partie (l’entrepreneur général) s’engage à l’égard du maître à réaliser la totalité d’un ouvrage ou d’une partie d’ouvrage, sans égard à la nature des travaux à effectuer. L’entreprise totale désigne, quant à elle, le contrat dans lequel l’entrepreneur se charge non seulement de la réalisation de l’ouvrage, mais également de l’établissement des projets et des plans (cf. ATF 114 II 53 c. 2a, JdT 1988 I 360 ; arrêts du TF 4A\_99/2015 et 4A\_101/2015 du 21.7.2015 c. 4.1 ; ainsi que PIERRE TERCIER ET AL., Les contrats spéciaux, 5ème éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 486 ss). Dans les marchés de travaux en entreprise générale ou totale, l’interdiction générale du recours à la sous sous-traitance autorisera l’adjudicateur à offrir au soumissionnaire retenu la possibilité de sous-traiter des prestations mais jusqu’à un second niveau de sous-traitance uniquement. En d’autres termes, l’entreprise générale ou totale retenue pour l’exécution du marché pourra sous-traiter des prestations à un sous-traitant (1er niveau de sous-traitance) qui pourra à son tour sous-traiter tout ou partie de ces prestations à un nouveau sous-traitant (2ème niveau de sous-traitance) mais ce dernier ne pourra pas sous-traiter à son tour tout ou partie des prestations à lui confiées. Le non –respect de cette exigence représente un motif d’exclusion du soumissionnaire et de révocation de l’adjudication préalablement prononcée.

**Al. 5**

Le non-respect de l’annonce des sous-traitants et des prestations qui seront exécutées par voie de D’autre part, des peines conventionnelles seront énoncées dans les documents d’appel d’offres et insérées dans le contrat signé à l’issue de l’adjudication.

Sous-traitance tout comme le non-respect de l’interdiction du recours à la sous sous-traitance ou, lorsque cette dernière est exceptionnellement autorisée en application de l’al. 4, le recours à de la sous-traitance de troisième niveau, représentent un motif d’exclusion du soumissionnaire et de révocation de l’adjudication préalablement prononcée. Ce motif d’exclusion vient s’ajouter à la liste non exhaustive des motifs d’exclusion figurant à l’art. 44 AIMP. Il découle de la marge de manœuvre résiduelle laissée aux cantons par l’art. 63, al. 4 AIMP en relation avec l’art. 12 AIMP. S’il s’avère en sus que le sous-traitant en question n’a pas respecté les exigences de l’art. 12 AIMP, soit notamment les conditions de travail, les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les obligations d’annonce et d’autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN, RS 822.41), l’adjudicateur pourra activer la peine conventionnelle prévue dans le contrat conclu avec le soumissionnaire retenu (cf. art. 5 LMP-FR), les autres sanctions prévues par les art. 44, al. 2, let. f et g et 45 AIMP demeurant réservées.

**Art. 5 Système de contrôle et peines conventionnelles (12 AIMP)**

**Al. 1 et 2**

Cet alinéa illustre la volonté des pouvoirs adjudicateurs de se montrer exemplaires en la matière et de participer à l’action du Conseil d’Etat, qui a fait du combat contre le travail au noir l’une des priorités de sa politique de lutte contre la criminalité.

La mesure instituée pour atteindre cet objectif s’articule en deux volets.

Il s’agira, d’une part, pour le maître de l’ouvrage et le pouvoir adjudicateur, d’indiquer dans l’appel d’offres l’obligation pour l’adjudicataire du marché et ses sous-traitants de s’équiper d’un système de contrôle par carte professionnelle (par exemple de type « carte cerbère » ou « carte pro ») - ou d’un moyen de preuve équivalent à celui d’un système de contrôle par carte professionnelle - permettant de contrôler, selon certains critères, le personnel d’exploitation travaillant sur les chantiers.

D’autre part, des peines conventionnelles seront énoncées dans les documents d’appel d’offres et insérées – en principe - dans le contrat signé à l’issue de l’adjudication.

Le commentaire de l’art. 12, al. 5 AIMP 2019 précise que le non-respect des exigences de l’art. 12 peut être sanctionné par des clauses appropriées dans les contrats de marchés publics, notamment par des peines conventionnelles.

La peine conventionnelle est une prestation pécuniaire que le soumissionnaire retenu s’engage à payer au pouvoir adjudicateur pour le cas où lui-même ou ses sous-traitants ne respecteraient pas les obligations énoncées à l’art. 12 AIMP 2019, soit le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail applicables, de l’égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, des obligations en matière d’annonce et d’autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN) et des prescriptions légales relatives à la protection de l’environnement et à la préservation des ressources naturelles. L’introduction de peines conventionnelles dans les contrats conclus entre l’adjudicateur et le soumissionnaire retenu représente une mesure dissuasive dont l’objectif premier n’est pas de permettre à l’adjudicateur d’engranger de l’argent mais bien de prévenir et d’empêcher les atteintes portées aux obligations susmentionnées. En cas de violation des obligations énoncées à l’art. 12 AIMP 2019 par le soumissionnaire ou par l’un de ses sous-traitants, l’adjudicateur peut activer la peine conventionnelle et sanctionner directement le soumissionnaire. La créance en paiement du montant de la peine conventionnelle peut alors être compensée aux conditions de l’art. 120 CO avec celle du soumissionnaire tendant à la rémunération de ses prestations.

Le non-paiement des impôts et des cotisations sociales exigibles (pour autant qu’il ne constitue pas une violation d’une CCT) de même que la conclusion d’accords illicites affectant la concurrence ne doivent pas conduire à l’application d’une peine conventionnelle. Ces violations peuvent, le cas échéant, être sanctionnées par l’adjudicateur en application de l’art. 44, al. 1, let. g et al. 2, let. b AIMP 2019, respectivement par l’autorité cantonale de surveillance en application de l’art. 45, al. 1 qui renvoie à l’art. 44, al. 2, let. b AIMP 2019.

**Variante al. 2**

Une variante de l’al. 2 est proposée, rendant obligatoire le fait de prévoir des peines conventionnelles dans les documents d’appels d’offres et les contrats.

**Art. 6 Respect des conditions de travail (art. 12 AIMP)**

**Al. 1**

L’alinéa 1 précise les règles applicables aux conditions de travail en application de l’art. 12 AIMP 2019 et conformément à la compétence résiduelle conférée aux cantons par l’art. 63, al. 4 AIMP 2019. Le respect des conditions de travail applicable constitue, au même titre que le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs ou de l’égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, une condition de participation au marché indispensable pour assurer le fonctionnement d’une concurrence loyale et efficace entre soumissionnaires.

Le non-respect de cette exigence donne lieu à des sanctions diverses (exclusion de la procédure, révocation de l’adjudication, exclusion des marchés publics futurs, amende, peine conventionnelle, etc.).

Conformément à l’art. 3, let. d AIMP, les conditions de travail sont définies comme étant les dispositions impératives du code des obligations concernant le contrat de travail, les dispositions normatives contenues dans les conventions collectives et les contrats-types de travail ou, à défaut, les conditions de travail usuelles dans la région et dans la branche.

**Al. 2**

Cet alinéa clarifie l’application des conditions de travail au vu des éléments présentés dans le commentaire de l’art. 12 AIMP 2019 et du régime finalement retenu par le Parlement fédéral à l’art. 12, al. 1 LMP. Pour rappel, dans le cadre des travaux parlementaires qui ont précédé l’adoption de la LMP révisée au niveau fédéral, l’art. 12, al. 1 LMP a été modifié dans le but d’imposer aux soumissionnaires le respect des conditions de travail applicables au lieu d’exécution de la prestation (principe du lieu d’exécution) en lieu et place de celles applicables au lieu de leur siège ou de leur établissement en Suisse (principe du lieu de provenance). Ce faisant, le Parlement fédéral a abandonné la solution harmonisée avec les cantons en faveur du principe du lieu de provenance présentée dans le cadre du projet commun Aurora (LMPrévisé/AIMP révisé). En effet, en application de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02), les cantons sont, hormis dans de rares situations, tenus d’appliquer le principe du lieu de provenance à leurs marchés. Comme les parlementaires fédéraux ont renoncé à adapter la loi fédérale sur le marché intérieur sur ce point lors des débats, le principe du lieu de provenance continue de s’appliquer aux cantons. Dans le cadre de la consultation succincte menée au cours de l’été 2019 auprès des gouvernements cantonaux et du Bureau interparlementaire de coordination (BIC) par la Conférence des directeurs des travaux publics, de l’aménagement du territoire et de la protection de l’environnement (DTAP) à la suite de l’adoption de la LMP par le Parlement fédéral, plusieurs cantons romands (VD et FR) et le BIC ont demandé à ce que le principe du lieu d’exécution soit également retenu à l’art. 12, al. 1 AIMP. L’Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) a alors requis une expertise de la Commission de la concurrence pour connaître, en sa qualité d’autorité d’application de la LMI, la marge de manœuvre dont disposent les cantons pour introduire le principe du lieu d’exécution à l’art. 12 AIMP 2019, respectivement dans leur droit cantonal.

Il ressort notamment des conclusions de cette expertise disponible sur le site internet de la DTAP que :

a) Les cantons ne peuvent pas introduire de principe général du lieu d’exécution au niveau des normes cantonales en raison des prescriptions de la LMI et du principe du lieu de provenance qui y figurent. En d’autres termes, les cantons ne peuvent pas prévoir à l’art. 12, al. 1 AIMP 2019 ou dans leur législation cantonale l’application des conditions de travail « au lieu d’exécution » comme dans la LMP révisée. ;

b) Les cantons ont en revanche la faculté de déclarer exceptionnellement applicables les prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d’exécution, lors de l’application du droit dans un cas particulier, selon les conditions de l’art. 2, al. 5 et de l’art. 3 LMI.

Selon la COMCO, l’application des prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d’exécution est conforme à la LMI lorsqu’aucune prescription équivalente ne s’applique au lieu de provenance et qu’un intérêt public prépondérant (p. ex. protection contre le dumping social) justifie l’application des prescriptions du lieu d’exécution. Cela pourrait par exemple être le cas s’il existe différentes conventions collectives de travail présentant des différences significatives en ce qui concerne les niveaux de salaire. L’al. 2 concilie ainsi les conclusions de l’avis de droit de la COMCO repris dans le commentaire des art. 12 et 64, al. 3 AIMP 2019 avec la situation particulière du canton de Fribourg, lequel compte un grand nombre de conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire sur son territoire.

L’art. 2 de la loi fédérale sur les mesures d’accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (LDét, RS 823.20) demeure réservée en ce qui concerne les soumissionnaires et les sous-traitants dont le siège ou le domicile se situe à l’étranger.

**Variante alinéa 2**

Certains représentants des partenaires sociaux ont tenu à proposer une variante de l’alinéa deux, rendant les conditions de travail en vigueur dans le canton de Fribourg applicables lorsque les termes et conditions d’une convention collective de travail fribourgeoise n’ont pas d’équivalent au siège ou à l’établissement en Suisse du ou de la soumissionnaire.

Bien que conscients que cette variante est contraire à la LMI et risque, en cas de recours, d’être déclarée inapplicable par l’autorité de recours, les partenaires sociaux ont souhaité donner un signal politique au moyen de leur proposition*.*

**Al. 3**

Cet alinéa précise le rôle des commissions professionnelles paritaires dans le cadre de leur activité de contrôle des conventions collectives de travail. Il vient compléter l’art. 12, al. 5 et 6 AIMP 2019 afin que les organes paritaires puissent spontanément informer l’adjudicateur du marché de l’ouverture d’une procédure et ne pas avoir à attendre une demande en ce sens de l’adjudicateur. En l’état, la grande majorité des pouvoirs adjudicateurs soumettent aux différentes commissions professionnelles paritaires le nom des soumissionnaires ainsi que la liste des sous-traitants potentiels pour contrôle à la suite de l’ouverture des offres. De cette manière, les pouvoirs adjudicateurs s’assurent que les participants à la procédure respectent les conditions de travail fixées par les conventions collectives de travail.

Ce contrôle ne doit pas être confondu avec un autre contrôle effectué par les pouvoirs adjudicateurs concernant les deux listes noires tenues par le SECO et publiées sur son site internet. En effet, le SECO publie sur son site internet la liste des employeurs exclus des marchés publics futurs aux niveaux communal, cantonal et fédéral pour une durée déterminée à la suite de violation grave ou répétées des obligations d’annonce et d’autorisation prévues par la loi fédérale sur le travail au noir (cf. art. 13 LTN). Le SECO publie également sur son site internet la liste des employeurs étrangers ou des indépendants étrangers qui sont privés d’offrir leurs prestations en Suisse pour une durée déterminée en application de l’art. 9 de la loi fédérale sur les travailleurs détachés (LDét). L’examen de ces deux listes du SECO par le pouvoir adjudicateur peut intervenir à différents moments de la procédure.

**Art. 7 Labels et écolabels**

Cet article s’inspire de l’article 3b aLMP, issu de la motion Hunziker / Grivet M 2013-GC-74 « Exigence du certificat d’origine bois suisse ». Il est proposé de le reprendre comme tel, en remplaçant la mention du certificat d’origine bois suisse (COBS) par celle de « Label Bois Suisse », qui en constitue la nouvelle dénomination.

**Variante**

Pour aller dans le sens du changement de paradigme de l’AIMP 2019 (marchés publics axés sur la qualité) et en termes d’exemplarité de l’Etat, il est proposé par le biais de la variante de rendre obligatoire l’exigence par le pouvoir adjudicateur de critères des labels environnementaux pour les marchés relatifs à la construction ou rénovation en bois d'un bâtiment propriété de l'Etat de Fribourg ou lorsque l'Etat y participe financièrement.

**Art. 8 Monitoring de la durabilité**

Cet article s’inscrit dans le prolongement du changement de paradigme du nouvel AIMP en matière de développement durable. Le monitoring de la durabilité des achats et de leur caractère innovant vise un pilotage des acquisitions centré sur des impératifs économiques, écologiques et sociaux, conformément au principe énoncé dans l’article 2 de l’AIMP, concrétisé par les dispositions des articles 12, 26, 27, 29 et 30. Les recommandations sur la durabilité du centre de compétence en matière de marchés publics seront déterminantes pour la définition des indicateurs d’un tel monitoring. Le Bureau du développement durable, chargé d’effectuer le monitoring de la durabilité, devra disposer des ressources nécessaires pour cela et être formalisé.

**Art. 9 Cellules d’achat**

Cet article s’inscrit dans le prolongement du changement de paradigme du nouvel AIMP en matière de marchés publics axés sur la qualité. Les cellules d’achats regroupent les acquisitions de biens ou services relevant de leur domaine de compétence, sur lesquels elles disposent de solides connaissances. Elles sont familiarisées avec la complexité propre au domaine d’acquisition qui les concerne. Par ailleurs, le regroupement des achats permet de meilleures conditions financières. La création de cellules d’achats spécialisées est donc un gage d’efficacité économique.

**Art. 10 Concours et mandats d’étude parallèles**

La thématique des concours et des mandats d’étude parallèles n’est abordée que très succinctement par le droit intercantonal des marchés publics. Outre l’adjudication de gré à gré en faveur du lauréat (cf. art. 21 al. 2 let. i AIMP révisé), il est uniquement exigé à l’art. 22 AIMP révisé que « [l]’adjudicateur qui organise un concours d’études ou un concours portant sur les études et la réalisation ou qui attribue des mandats d’étude parallèles défini[sse] la procédure au cas par cas dans le respect des principes énoncés dans le présent accord » et que, pour ce faire, « [i]l peut se référer aux règles édictées en la matière par les associations professionnelles ». Pour le surplus, le canton, en application de la compétence résiduelle conférée par l’art. 63 al. 4 AIMP révisé, peut adopter des dispositions d’exécution en matière de concours et de MEP.

Dans un souci de lisibilité et de transparence, le nouveau droit règlemente désormais de manière détaillée les principales questions que soulèvent les procédures de concours et de mandats d'étude parallèles (ci-après MEP). D’une part, de nouvelles dispositions sont ainsi introduites visant à clarifier plusieurs aspects propres à l’organisation de ces procédures. Elles se basent, dans la mesure du possible, sur celles de l'ordonnance fédérale actuellement en vigueur (OMP), afin d’assurer la cohérence et l’unité des systèmes juridiques fédéral et cantonal. D’autre part, le nouveau droit n’a repris que partiellement le mécanisme des seuils à partir desquels un concours devait être organisé, tel qu’il figurait à l’art. 48 al. 2 aRMP, mais prévoit l’utilisation d’un nouvel instrument jugé plus judicieux et pertinent, inscrit aux art. 10 LMP-FR et 11 RMP-FR.

En prévoyant que la construction d’un bâtiment ou d’un ouvrage d’art devait en principe faire l’objet d’un concours, l’article 48 al. 1 aRMP fixait une règle de comportement à l’intention des adjudicateurs, qui devaient mettre sur pied une procédure de concours pour la construction d’un bâtiment ou d’un ouvrage d’art, sauf s’ils étaient en mesure d’invoquer l’une des exceptions figurant aux alinéas 2 et 3. La première exception dépendait de la valeur du projet. Ainsi, l’adjudicateur pouvait renoncer au concours si la valeur du bâtiment était inférieure à « 5 millions de francs (indice des prix de janvier 1998) » (soit 5'500'000.- CHF en février 2021) ou si la valeur de l’ouvrage d’art était inférieure à « 10 millions de francs (indice des prix de janvier 1998) » (soit 11'000'000.- CHF en février 2021) (art. 48 al. 2 RMP). La seconde exception à l’obligation d’organiser un concours dépendait du type de construction envisagée. Ainsi, selon l’art. 48 al. 3 RMP, l’adjudicateur pouvait renoncer à organiser un concours s’il s’agissait d’une transformation, si l’objet présentait une complexité particulière ou s’il ne se prêtait pas à un concours.

Dans un arrêt du 19 avril 2001 (TC FR 2A 01 1, 2 et 4), le Tribunal cantonal avait confirmé le système légal mis en place, validant la solution selon laquelle la construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art devait faire en principe - sous réserve des exceptions des al. 2 et 3 - l'objet d'un concours. Il avait retenu que, « lorsque la prestation essentielle est constituée par une idée ou un concept original, il n'est pas possible de mettre en concurrence les différents soumissionnaires dans le sens usuel du terme, en adjugeant le marché à l'offre économiquement la plus favorable. Du moment que ce sont les idées et concepts qui sont jugés en priorité, non pas des prestations directement comparables sous l'angle purement économique, il est indispensable de disposer d'un autre outil que les appels d'offres pour trouver les solutions convenant à l'adjudicateur et pour attribuer le marché qui en découle. Le système du concours <…> permet une comparaison pertinente dans des conditions équitables ». Ces considérations juridiques sont aujourd’hui toujours valables.

Le mécanisme retenu à l’article 48 aRMP, qui avait pourtant fait ses preuves, a récemment fait l’objet de diverses critiques, cristallisées dans la motion 2020-GC-14 Kolly / Brodard « Obligation d’organiser un concours ». Ses opposants ont soutenu que la formulation de l’art. 48 aRMP était peu claire lorsqu’il énonçait, à son alinéa premier, que la construction d’un bâtiment ou d’un ouvrage d’art devait « en principe » faire l’objet d’un concours ; que l’obligation d’effectuer un concours d’architecture lors de la construction ou de la rénovation d’un bâtiment ou d’un ouvrage d’art violait l’autonomie communale dont disposent en particulier les communes dans le choix de la procédure à adopter, puisque cette obligation ne se retrouvait pas dans une loi au sens formel ; que le montant de 5 millions apparaissait beaucoup trop faible aujourd’hui. Néanmoins, alors qu’ils combattent la réglementation actuelle en estimant qu’elle viole l’autonomie communale, ils ont proposé de garder le concours obligatoire, mais uniquement pour les ouvrages dont le coût de construction se situerait à hauteur de 40 millions de francs.

Dans le cadre des discussions au sein du groupe de travail « Concours » et du COPIL, portant notamment sur la proposition des motionnaires, il a d’abord été envisagé que l’obligation d’effectuer un concours ou des MEP figurant actuellement à l’article 48 aRMP soit modifiée à un double titre. D’une part, seuls les adjudicateurs mentionnés à l’art. 4 al. 1 AIMP y seraient désormais assujettis (et non plus les adjudicateurs exerçant dans les domaines des secteurs). D’autre part, le seuil à partir duquel l’organisation d’un concours ou de MEP est rendue obligatoire serait fixé à la valeur des marchés soumis aux accords internationaux (et non plus 5 ou 10 millions de francs).

Cette première orientation a fait l’objet de nombreuses discussions et réflexions au sein du groupe de travail « Concours » et du COPIL, motivées par le fait que l’obligation d’effectuer un concours ou des MEP, notamment lorsque l’adjudicateur envisage la construction ou la rénovation d’un bâtiment ou d’un ouvrage d’art, devrait dépendre de l’objet à réaliser et de sa destination, et non du (seul) franchissement d’un seuil financier.

Au terme d’un débat fort constructif, la solution finalement retenue innove en imposant le recours à un nouvel instrument, appelé « étude préliminaire », et en prévoyant que ses conclusions soient juridiquement contraignantes aux conditions figurant à l’article 10 alinéa 3.

**Al. 1**

L’al. 1 délimite le champ d’application de l’étude préliminaire.

Cette dernière doit être élaborée, dès le premier franc, lorsqu’un adjudicateur au sens de l’art. 4 al. 1 AIMP révisé développe un projet qui porte soit sur la construction, la rénovation ou la transformation d’un bâtiment ou d’un ouvrage d’art, soit sur l’aménagement du territoire ou l’urbanisme.

Il s’ensuit que seuls sont tenus d’effectuer une étude préliminaires « les pouvoirs publics ainsi que les unités administratives centrales ou décentralisées, y compris les collectivités de droit public, du canton, du district et de la commune au sens du droit cantonal et communal, exception faite de leurs activités à caractère commercial ou industriel » (cf. art. 4 al. 1 AIMP). L’art. 3 let. g AIMP définit le terme de « pouvoirs publics » et l’art. 3 let. f celui de « collectivités de droit publics », qui sont également appelées « organismes de droit public » (« *Einrichtungen des öffentlichen Rechts* »).

Ne sont dès lors pas soumis à l’obligation d’effectuer une étude préliminaire (1) les pouvoirs publics et organismes de droit public, lorsqu’ils exercent des activités commerciales (art. 4 al. 1 in fine a contrario) ; les entreprises œuvrant dans les domaines des secteurs (adjudicateurs sectoriels cantonaux ; art. 4 al. 2 AIMP) ; les autres collectivités au sens de l’al. 4 let. a et les projets subventionnés au sens de l’al. 4 let. b.

Quant au champ d’application objectif de l’étude préliminaire, il est conditionné à la construction, la rénovation ou la transformation d’un bâtiment ou d’un ouvrage d’art. Un bâtiment est une construction immobilière au sens de l’art. 2 de l’ordonnance sur le Registre fédéral des bâtiments et des logements (ORegBL ; RS 431.841). Un ouvrage d’art est une construction d’importance et de grande taille permettant de franchir un obstacle sur une voie de communication routière, ferroviaire ou fluviale (ponts, tunnels) ou un dispositif de protection contre l’action de la terre ou de l’eau (murs, tranchée couverte, digue, barrages).

Par ailleurs, une étude préliminaire doit également être établie lorsque l’adjudicateur projette d’aménager et d’organiser son territoire et ses espaces urbains.

Le contenu de l’article préliminaire est détaillé à l’article 11 OMP-FR, conformément à la délégation de compétence prévue dans la loi.

**Al. 2**

Le but poursuivi par l’étude préliminaire est défini à l’alinéa 2 et consiste à savoir si un concours ou des MEP sont nécessaires dans un cas d’espèce.

En effet, l’adjudicateur qui envisage l’attribution d’un marché de services (architecture, ingénierie ou autres branches professionnelles apparentées) dans le cadre de la construction, de la rénovation ou de la transformation d’un bâtiment ou d’un ouvrage d’art ainsi que dans le domaine de l’aménagement du territoire ou de l’urbanisme est, toujours et intrinsèquement, confronté à la question de savoir s’il peut attribuer le mandat à l’offre la plus avantageuse, à la suite d’un appel d’offres, ou s’il doit organiser un concours (ou des MEP) afin d’acquérir des propositions de solutions à son projet (à ce sujet, cf. le commentaire de l’al. 3 ci-après et de l’art. 7 al. 1 RMP-FR). Il doit choisir entre une mise en concurrence qui intervient sous la forme d’un appel d’offres ou sous celle d’un concours (ou de MEP).

Ce choix entre concours ou MEP d’une part, et appel d’offres d’autres part, est effectué par l’adjudicateur dans le cadre d’une phase préalable à toute forme de mise en concurrence, à l’issue de laquelle il est en mesure de retenir la procédure adaptée au cas d’espèce. L’alinéa 2 formalise cette phase préalable en inscrivant dans la réglementation fribourgeoise la nécessité d’établir une étude préliminaire, dont le but consiste justement à déterminer l’utilité d’organiser un concours ou des mandats d’étude parallèles lorsque l’adjudicateur développe un projet qui rentre dans le champ d’application de l’al. 1. En d’autres termes, l’étude préliminaire est une démarche de réflexion pré opérationnelle permettant de bénéficier d’une pluralité de réflexions débouchant sur une conclusion procédurale (voir à ce sujet l’alinéa 3).

**Al. 3**

Cet alinéa fixe les deux conditions auxquelles un concours ou des MEP doivent être obligatoirement organisés. En effet - et c’est là l’une des spécificités de la révision de la réglementation – les conclusions « procédurales » de l’étude préliminaire sont contraignantes pour l’adjudicateur lorsque les deux conditions spécifiques présentées ci-après sont remplies.

La première condition porte sur le type de prestations que l’adjudicateur cherche à obtenir. Un concours ou des MEP sont des procédures incontournables lorsque l’adjudicateur entend acquérir des propositions de solutions au projet qu’il souhaite réaliser. Tel n’est pas le cas s’il recherche des prestations qu’il est objectivement en mesure de décrire avec précision et de manière circonstanciée et qui n’incluent pas de missions de conception particulière. En d’autres termes, le concours ou les MEP doivent être utilisés lorsque l’adjudicateur est à la recherche, non pas d’une offre de réaliser des prestations qu’il aurait précédemment décrites, mais d’une solution qu’il lui appartient de choisir parmi différentes propositions, c’est-à-dire d’une réponse adéquate au projet envisagé. Ce besoin de procéder par le biais d’un concours ou de MEP résulte du fait que l’adjudicateur n’est pas en mesure de décrire avec suffisamment de précision les prestations qu’il entend acquérir, de sorte qu’il a besoin d’apprécier différentes solutions au projet qu’il entend réaliser (c’est-à-dire au problème auquel il est confronté).

De leur côté, les participants à un concours ou des MEP fournissent des prestations particulières (plans, projets, designs), qui consistent en des propositions de solutions. Ils donnent à l’adjudicateur des réponses diverses et variées, notamment sous l’angle conceptuel, structurel, écologique, économique ou technique, au projet envisagé dans ses principes uniquement. Il leur appartient de décrire les activités futures (réalisation de travaux, exécution de services) que l’adjudicateur devra exercer.

En résumé, l’adjudicateur peut procéder à une mise en concurrence par appel d’offres s’il recherche l’offre la plus avantageuse de la part d’un candidat jugé apte à exécuter un marché clairement déterminé, avec une tâche et des objectifs clairement définis, pour des prestations que l’adjudicateur est en mesure de décrire avec précision et qui n’incluent pas de missions de conception particulière. L’adjudicateur procédera en revanche à un concours ou à une commande de MEP s’il recherche la meilleure solution ou la meilleure idée par rapport à un problème donné. Dit plus simplement : l’adjudicateur connait ses besoins, mais non les moyens permettant d’y répondre au mieux.

La seconde condition porte sur le seuil à partir duquel la conclusion « procédurale » de l’étude préliminaire est contraignante pour l’adjudicateur. L’art. 10 al. 3 limite en effet le caractère contraignant du résultat de l’étude préliminaire aux seuls projets dont la valeur est supérieure aux seuils des marchés internationaux.

Le maintien d’un seuil constitue un compromis, qui permet de laisser aux adjudicateurs, notamment au niveau communal, une certaine liberté quant à la manière d’organiser la procédure lorsque les seuils ne sont pas atteints.

En effet, en-dessous des seuils internationaux, l’établissement d’une étude préliminaire reste obligatoire (al. 1), mais non ses conclusions. Dès lors, quand bien même l’étude préliminaire aboutit à la conclusion que l’adjudicateur est à la recherche de propositions de solutions, l’adjudicateur reste libre de renoncer à lancer un concours ou des MEP. S’il retient cette solution, alors même qu’il cherche à obtenir des propositions de solutions à son projet, il mandatera, en principe, un architecte ou un ingénieur, qui devra être rémunéré, pour qu’il fasse une étude approfondie du projet, destinée à préparer un cahier des charges précis. Il organisera ensuite des appels d’offres sur la base dudit cahier des charges.

Une telle procédure d’appel d’offres n’est toutefois pas autorisée lorsque la valeur totale du projet est supérieure aux seuils des marchés internationaux (al. 3 let. b) et que l’étude préliminaire aboutit à la conclusion que l’adjudicateur n’est pas en mesure de décrire les prestations qu’il attend, car il recherche de simples propositions (concours ou MEP d’idées) ou une véritable solution à un problème (concours ou MEP de projets ou portant sur les études et la réalisation) (al. 3 let. a). En effet, compte tenu des montants en jeu, de l’importance des projets à réaliser, notamment du point de vue de leur intégration dans le paysage urbain et/ou naturel, et de la volonté d’obtenir des projets optimaux et de haute qualité, il est important, aux yeux du législateur, que la réglementation impose, à cette double condition, le recours aux procédures de concours ou de MEP.

**Légalité et constitutionnalité de la réglementation**

Le régime proposé respecte l’autonomie communale, consacrée à l’art. 50 al. 1 Cst. et dont la teneur est la suivante : « L’autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal. » Une commune bénéficie ainsi de la protection de son autonomie dans les domaines que le droit cantonal ne règle pas de manière exhaustive, mais qu’il laisse en tout ou en partie dans sa sphère de décision. L’existence et l’étendue de l’autonomie communale dans une matière sont déterminées par le contenu des règles de droit cantonal régissant ladite matière.

En ratifiant l’AIMP révisé, le canton de Fribourg accepte de renoncer à une certaine autonomie législative, puisque l’accord intercantonal règle de nombreux domaines du droit des marchés publics. Il conserve toutefois une compétence résiduelle instaurée par l’art. 63 al. 4 AIMP pour édicter des dispositions d’exécution supplémentaires, en sus des dispositions figurant dans la loi d’adhésion-type. En adoptant les présentes règles sur les concours et les mandats d’étude parallèles, et notamment le présent art. 10, le législateur cantonal a décidé de faire usage de cette compétence et de réglementer de manière plus détaillée et précise cette matière, afin qu’elle soit appliquée de manière uniforme sur le territoire cantonal.

Le régime ne restreint pas le champ d’application des concours ou des MEP, puisque ces procédures peuvent être utilisées sans réserve dès lors qu’elles répondent aux besoins de l’acheteur, c’est-à-dire lorsqu’il cherche à acquérir une solution à son projet. Enfin, il permet d’avoir un régime identique pour les cantons et communes.

On précisera que l’architecte chargé d’établir l’étude préliminaire devra d’entrée de cause être averti qu’il ne lui sera, en principe, pas possible par la suite de déposer une proposition.

**Chapitre III : Autorités compétentes**

**Art. 11 Conseil d’Etat**

Cet article s’inspire de l’article 6 du modèle de loi d’adhésion à l’AIMP 2019 adopté par la DTAP le 15 novembre 2019 et s’inscrit dans le prolongement des compétences attribuées au Conseil d’Etat par l’article 100 de la Constitution fribourgeoise.

Il contient une liste de délégations de compétence en faveur du Conseil d’Etat qui feront l’objet de dispositions spécifiques dans l’ordonnance d’application de la loi (OMP-FR).

**Art. 12 Autorité de surveillance (art. 45 et 62 AIMP)**

**Al. 1**

Pour favoriser une bonne application du droit des marchés publics, il est nécessaire de bénéficier d’une autorité de surveillance des marchés publics au niveau cantonal. Jusqu’alors, il n’en existait pas. Il est désormais proposé que la Direction en charge des marchés publics soit l’autorité de surveillance.

L’article 12 LMP-FR vise à concrétiser l’obligation faite aux cantons de veiller au respect de l’AIMP 2019 (art. 62 AIMP) et à étendre son application aux règles contenues dans le droit cantonal (LMP-FR et OMP-FR). Cette tâche de contrôle est à distinguer du contrôle juridictionnel prévu dans le cadre des procédures de recours. En effet, l'examen de la légalité d'une décision prise dans le cadre des marchés publics par un pouvoir adjudicateur relève de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire saisie sur recours. L’autorité de surveillance ne peut se substituer à cette dernière.

**Al. 2**

La surveillance prévue à la let. a concerne les soumissionnaires et leurs sous-traitants mais également les adjudicateurs. Il est en effet nécessaire d’inclure dans le champ d’application de la surveillance tous les acteurs des marchés publics, qu’il s’agisse d’entités lançant des marchés publics ou d’entités déposant des offres ou encore celles qui se voient sous-traiter une partie de l’exécution du marché. Par ailleurs, l’autorité cantonale de surveillance est désignée à l’art. 12 al. 2 let. b LMP-FR comme autorité compétente pour prononcer les sanctions et édicter les instructions prévues à l’art. 45 AIMP 2019. Ces sanctions sont l’exclusion des marchés publics futurs pour une durée maximale de cinq ans et l’amende, qui peut aller jusqu’à 10% du prix final de l’offre. Conformément à la marge de manœuvre laissée aux cantons par l’art. 45, al. 1 AIMP 2019, la compétence pour prononcer ces sanctions est attribuée exclusivement à l’autorité cantonale de surveillance. Elles ne peuvent dès lors pas être prononcées par les adjudicateurs. Cette centralisation des compétences présente plusieurs avantages : elle permet d’étendre le périmètre des exclusions des marchés publics futurs à tout le territoire cantonal et de ne pas le limiter aux seuls marchés d’un pouvoir adjudicateur. Ainsi les exclusions des marchés publics futurs prononcées par l’autorité cantonale de surveillance s’appliqueront aux niveaux cantonal et communal, ce qui renforce l’efficacité de ces sanctions. La centralisation des compétences en matière d’exclusion permet en outre d’assurer une certaine uniformité dans l’application des sanctions prononcées à l’encontre des soumissionnaires et des soustraitants au niveau cantonal et le développement d’une pratique respectueuse de l’égalité de traitement entre les entités sanctionnées.

Les adjudicateurs ne sont toutefois pas démunis et conservent le pouvoir de prononcer les sanctions prévues par l’art. 44 AIMP 2019, soit notamment l’exclusion de la procédure et la révocation de l’adjudication. Tant les actes passibles de sanctions que le type de sanctions qu’encourent les soumissionnaires et leurs sous-traitants lorsqu’ils contreviennent aux règles de l’AIMP sont énoncés aux art. 44 et 45 AIMP 2019. Le système de sanction prévu par l’art. 45 AIMP 2019 permet désormais de sanctionner directement un sous-traitant et non pas uniquement le soumissionnaire, pour les actes de son sous-traitant comme c’était le cas jusqu’alors.

S’agissant des adjudicateurs, l’autorité cantonale de surveillance est notamment habilitée, en application de l’art. 45 al. 4 AIMP 2019, à ouvrir des enquêtes administratives à leur encontre et à édicter des instructions contraignantes.

**Al. 3**

Cet alinéa précise les moyens à disposition de l’autorité cantonale de surveillance dans l’exécution des tâches qui lui sont dévolues. En règle générale, l’autorité cantonale de surveillance agit sur dénonciation mais elle peut également se saisir d’office des cas qui parviennent à sa connaissance.

La let. a règle l’échange d’informations entre l’autorité cantonale de surveillance, d’une part, et les différentes entités pouvant faire l’objet d’un contrôle, d’autre part. Les let. b et c précisent quant à elles que l’autorité peut également mener des auditions dans le cadre des procédures qu’elle instruit et qu’elle est habilitée à requérir l’aide d’experts externes si elle l’estime nécessaire. Il est en effet indispensable, pour que l’autorité cantonale de surveillance mène à bien sa mission, qu’elle puisse accéder à tous les renseignements utiles et procéder, elle-même ou avec l’appui de personnes qualifiées, à toutes les analyses nécessaires à la conduite de ses activités.

**Al. 4**

Cet alinéa instaure un devoir de collaboration des soumissionnaires, des sous-traitants et des adjudicateurs, à l’instar de ce qui est prévu pour d’autres entités chargées de la surveillance de certains domaines (Préposé à la protection des données personnelles, Contrôle cantonal des finances, Cour des comptes, etc.). L’autorité cantonale de surveillance doit en effet pouvoir compter sur la collaboration des principaux acteurs des procédures de marchés publics, y compris une fois la procédure terminée et le marché adjugé, et notamment accéder aux informations et pièces utiles à l’exécution de sa mission. Ce devoir de collaboration concerne tous les marchés publics soumis à la législation cantonale, quelle que soit la procédure suivie par l’adjudicateur. Enfin, le secret de fonction et les secrets d’affaires ne doivent pas pouvoir être valablement opposés à l’autorité de surveillance lorsqu’elle exige des renseignements de la part d’un pouvoir adjudicateur, d’un soumissionnaire ou d’un sous-traitant dans l’accomplissement de ses tâches.

**Art. 13 Travail au noir**

**Al. 1**

Selon l'article. 13, al. 1er, de la Loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN) 13, entrée en vigueur le 1er janvier 2008, en cas de condamnation entrée en force d’un employeur pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d’annonce et d’autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, l’autorité cantonale compétente exclut l’employeur concerné des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour cinq ans au plus. Il s’agit d’une exclusion générale des marchés publics futurs (et non d’une simple exclusion relative à un marché ou un pouvoir adjudicateur en particulier). Elle concerne l’attribution de tous les futurs marchés publics, quelle que soit la procédure suivie par l’adjudicateur (procédure de gré à gré, sur invitation, ouverte, sélective, concours ou mandat d’études parallèle) (dans le même sens, cf. GUERRIC RIEDI, Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs, in : Zufferey et al. [édit.], Marchés publics 2016, Zürich/Bâle/Genève 2016, N 95).

Comme le rappelle le Conseil fédéral dans son message relatif à la LTN, la sanction porte exclusivement sur des adjudications à venir et tout marché d’ores et déjà attribué au moment du prononcé de la sanction reste acquis à son adjudicataire (Message du Conseil fédéral du 16 janvier 2002, FF 2002 p. 3371ss, p. 3420). Il n’en demeure pas moins que pour les marchés d’ores et déjà attribués qui en cours d’exécution, l’adjudicateur continue de disposer de tous les moyens de sanction prévus par la législation sur les marchés publics en cas de comportement illicite de l’adjudicataire du marché (cf. notamment les sanctions de l’art. 44 AIMP 2019).

Selon l’article 77a LEMT (RSF 866.1.1), le Service public de l’emploi est l’autorité compétente pour prononcer une exclusion des futurs marchés publics des employeurs au sens de l’article 13 LTN. L’article 49 aRMP prévoit de son côté que les violations graves des règles régissant les marchés publics sont sanctionnées par l'avertissement, la révocation de l'adjudication, une amende allant jusqu'à 10 % du prix final de l'offre ou l'exclusion de tout nouveau marché durant cinq ans, sans toutefois prévoir quelle autorité peut prononcer ces sanctions.

Il s’agit ici de maintenir ici cette compétence du Service public de l’emploi.

**Variante al. 2**

La variante proposée consiste à transférer la compétence de prononcer une exclusion des futurs marchés publics des employeurs au sens de l’article 13 LTN à la Direction en charge des marchés publics, par son secrétariat général, notamment en raison du lien de connexité qui existe entre cette activité et les tâches également attribuées à cette Direction de par la nouvelle LMP-FR, à savoir le rôle d’autorité de surveillance des marchés publics (art. 12 LMP-FR) et le fait que le Centre de compétence en matière de marchés publics y soit rattaché (art. 14 LMP-FR).

Si cette variante est choisie, l’article 77a de la LEMT devrait être abrogé partiellement et les ressources prévues pour son application transférées du SPE à la DAEC.

A noter que les décisions d’exclusions des marchés publics futurs prononcées par l’autorité cantonale compétente sont communiquées au Secrétariat d’Etat à l’économie (SECO) qui se charge ensuite de publier une liste publique des entreprises sous le coup d’une telle mesure. Toutes les personnes intéressées peuvent ainsi accéder à la liste des entreprises exclues des marchés publics futurs, à l’instar du système mis en place pour les employeurs qui ont fait l'objet d'une sanction selon la loi fédérale sur les mesures d’accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail la loi sur les travailleurs détachés (LDét).

Le critère primordial dans l’appréciation de la sanction à prononcer sur la base de l’art. 13 LTN est celui de la durée de l’infraction à la législation en matière d’assurances sociales ou des étrangers. Aussi, lorsqu'un même employeur a été condamné pénalement pour avoir employé au noir plusieurs travailleurs, simultanément ou successivement, la durée des infractions sera cumulée. De même, la récidive doit être prise en compte comme un facteur aggravant de la sanction, lorsque le non-respect des obligations visées à l'art. 13 al. 1 LTN est important, ou lorsque l'auteur a commis plusieurs infractions mineures successives. Le fait que l'entreprise fautive soit active dans le domaine des marchés publics doit être également retenu comme une circonstance aggravante de la sanction, car une telle entreprise n'est pas apte à soumissionner, voire, selon les circonstances, a soumissionné alors qu'elle n'était pas apte à le faire (arrêt de la CDAP du 24 mai 2018, MPU.2018.0008, consid. 2 et arrêt de la CDAP du 27 janvier 2016, MPU.2015.0054 consid. 2b).

La loi sur le travail au noir n’opère aucune distinction entre les notions de travail au noir et de travail au gris. Dans l’acceptation courante, le travail au gris correspond à la situation dans laquelle un employeur engage un ressortissant étranger sans autorisation de séjour tout en s’acquittant des charges sociales. Dans le cadre de l’application de la LTN, le travail au gris ne constitue donc pas une forme atténuée de travail au noir, la simple occupation d’un travailleur étranger sans respecter les devoirs d’annonce et d’autorisation imposés par la législation sur les étrangers suffisant à retenir la qualification de travail au noir (GUERRIC RIEDI, op. cit., N 80). D’après la jurisprudence, le fait qu’un employeur se soit acquitté des charges sociales afférentes aux travailleurs employés sans autorisation (cas de travail au gris) ne doit pas être pris en compte à sa décharge. En effet, « l’art. 13 al. 1 LTN envisage alternativement ces deux motifs de sanction, et ne prévoit aucun motif d’atténuation dans l’hypothèse désignée fréquemment comme "travail au gris" » (arrêt de la CDAP du 27 janvier 2016, MPU.2015.0054, consid. 2b in fine et arrêt de la CDAP du 26 mars 2014, MPU.2013.0025 consid 9b).

**Art. 14 Centre de compétence en matière de marchés publics**

**Al. 1 à 4**

Le Centre de compétence fribourgeois en matière de marchés publics assure, depuis de nombreuses années, un rôle de conseil et d’information auprès des pouvoirs adjudicateurs du canton. Il est actuellement régi par l’Arrêté du Conseil d’Etat du 11 février 2008, actualisé à plusieurs reprises, dont la dernière fois le 27 mars 2018.

Le Centre de compétence est rattaché au Secrétariat général de la DAEC. Dans sa composition actuelle, il est présidé par le Secrétaire général et composé la Déléguée au développement durable, de l’Ingénieur cantonal, de l’Architecte cantonal, de la Responsable des questions juridiques en matière de marchés public, d’un représentant du SAMi et d’un représentant du SiTel. Ses tâches consistent à tenir à jour la législation sur les marchés publics, conseiller dans l’application de cette législation et de gérer la page fribourgeoise du site simap.ch. En matière de surveillance sur les marchés publics, il peut donner des instructions dans des cas d’espèce, émettre des directives générales et proposer la création de groupes de travail en lien avec des thématiques diverses.

Plusieurs collaborations ont eu lieu au cours des années, tant avec le comité de l’Association des communes (cours pour les nouveaux élus communaux, élaboration de directives pour le canton et les communes en matière de surcoûts sur les chantiers publics durant le Covid, divers échanges de vue) qu’avec les organisations professionnelles et les partenaires sociaux (élaboration de critères d’adjudication pour les marchés de construction, intégration du développement durable dans les appels d’offres, élaboration d’une directive relative à l’exigence d’un système de contrôle par carte du personnel travaillant sur les chantiers du SPC et du SBat).

Cette collaboration fructueuse a montré que les échanges d’idées et d’expériences entre personnes expertes dans leur domaine d’expérience respectif permet non seulement de traiter une problématique dans sa globalité mais aussi d’apporter des solutions innovantes, qui conviennent tant à l’administration cantonale, qu’aux communes et partenaires privés.

Au vu de ce qui précède, et compte tenu des tâches supplémentaires qui découlent de l’AIMP révisé en matière de formation, développement durable, prévention de la corruption, lutte contre le travail au noir, ainsi que de la volonté de regrouper les achats publics auprès des Services spécialisés en la matière, il est proposé d’étendre la composition du centre de compétence en y incluant une personne représentant la Police cantonale, les partenaires sociaux (tant du coté syndical que patronal), les organisations professionnelles (par exemple la SIA) et les communes, à travers un représentant ou une représentante du comité de l’Association des communes.

Il est par ailleurs proposé d’étendre le champ d’activités du centre de compétence en y incluant les tâches suivantes :

* proposer des formations destinées au personnel des administrations publiques ;
* édicter des recommandations et formuler des propositions de directives destinées aux pouvoirs adjudicateurs, notamment en matière de durabilité ;
* soutenir les pouvoirs adjudicateurs dans l’établissement de documents modèles pour les appels d’offres ;

Enfin, il est proposé d’ancrer à futur la composition des tâches et responsabilités du Centre de compétences en matière de marchés publics dans la LMP-FR, dans la mesure où la nouvelle mouture concerne aussi les communes, ainsi que les partenaires sociaux et privés.

**Al. 4 Variante**

Cette variante permet aux communes de déléguer leur représentant de manière ponctuelle de manière ponctuelle et non pas permanente. Dans les deux cas (proposition de base et variante), les directives et documents émanant du Centre de compétence n’auront pas force obligatoire pour les communes et pourront être repris à bien plaire.

**Art. 15 Adjudicateurs**

L’autocontrôle constitue le fondement du contrôle des procédures marchés publics. Selon ce système, la responsabilité première du contrôle des procédures d’adjudication incombe aux adjudicateurs. Ceux-ci doivent s’assurer que le déroulement de leurs procédures est en tous points et à chaque étape conforme au cadre légal.

**Chapitre IV Procédure, voies de droit et droit transitoire**

**Art. 16 Procédure et voies de droit (art. 52 AIMP)**

**Al. 1**

Cet alinéa n’appelle pas de commentaire particulier en lui-même. Il faut néanmoins signaler le fait que la voie de recours au Préfet contre les décisions des communes et associations de communes en matière de marchés publics est supprimée, dans la mesure où l’article 52 AIMP 2019 prévoit que « les décisions de l’adjudicateur peuvent faire l’objet d’un recours auprès du Tribunal administratif cantonal en tant qu’instance cantonale unique, à tout le moins, lorsque la valeur du marché atteint la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation ». Cette disposition n’offre pas de marge de manœuvre aux cantons dont certains disposent encore, comme les cantons de Fribourg et Berne, d’une voie de recours préalable au Tribunal cantonal contre les décisions communales, en l’occurrence auprès du Préfet.

**Al. 2**

Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, un recours doit au minimum être possible à partir de la valeur du marché déterminante pour la procédure sur invitation, sachant que les cantons peuvent aussi engager les voies de recours dès un franc ou en fonction du type de procédure (art. 52 al. 1 AIMP 2019). L’avant-projet retient que toutes les décisions peuvent faire l’objet d’un recours au Tribunal cantonal, hormis celles prises dans le cadre de la procédure de gré à gré pour des marchés dont les valeurs sont inférieures aux seuils fixés, à savoir la procédure de gré à gré au sens de l’article 21 alinéa 1 AIMP 2019, ce indépendamment de la valeur du marché. Il fait ainsi dépendre l’ouverture des voies de recours non pas de la valeur du marché mais bien du type de procédure suivi. Cela signifie que si un adjudicateur choisit une procédure sur invitation en lieu et place d’une procédure de gré à gré au sens de l’article 21 alinéa 1 AIMP 2019, il devra se conformer aux règles régissant le déroulement de la procédure sur invitation et les soumissionnaires évincés pourront recourir à l’encontre de sa décision d’adjudication.

**Art. 17 Disposition transitoire**

Cet article reprend le régime de droit transitoire prévu par l’art. 64 AIMP 2019 afin d’assurer une parfaite cohérence entre l’accord intercantonal et la nouvelle loi.

**Art. 18 Modification *(en lien avec la variante de l’article 12 LMP-FR)***

Renvoi est fait à ce qui a été expliqué sous la variante de l’article 12 LMP-FR.

**Art. 19 Abrogation**

Cet article n’appelle pas de commentaire particulier.

**Art. 20 Entrée en vigueur**

Cet article n’appelle pas de commentaire particulier.

1. **Incidences financières et en personnel**

Le Conseil d’Etat analysera les besoins supplémentaires en fonction du projet final.