



Département de l'économie et de la formation
Service juridique des affaires économiques

Departement für Volkswirtschaft und Bildung
Rechtsdienst für Wirtschaftsangelegenheiten

CANTON DU VALAIS
KANTON WALLIS

Rapport explicatif

concernant l'avant-projet de la loi concernant l'adhésion du canton du Valais
à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019

Table des matières

LISTE DES ABRÉVIATIONS	3
I. PRÉSENTATION DU CONTEXTE	4
1. Révision de l'accord OMC sur les marchés publics (AMP 2012)	4
2. Transposition commune de l'AMP 2012 dans le droit suisse	4
3. Adoption de la loi fédérale sur les marchés publics	4
4. Entrée en vigueur de l'AMP 2012	5
II. AIMP 2019	5
1. Adoption de l'AIMP 2019	5
2. Principales nouveautés de l'AIMP 2019	5
2.1 Accord règlementant quasiment toute la matière	5
2.2 Marchés publics axés sur la qualité	6
2.3 Développement durable	6
2.4 Mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption	7
2.5 Clarification des notions et du champ d'application	7
2.6 Valeurs seuils	7
2.7 Transparence accrue	8
2.8 Nouveaux instruments	8
2.9 Méthode des deux enveloppes	9
2.10 Remise électronique des offres	9
2.11 Critères d'adjudication	9
2.12 Voies de droit	10
III. LOI D'ADHÉSION À L'AIMP 2019	10
1. Nécessité législative	10
1.1 Transposition de l'AMP 2012 par le canton du Valais	10
1.2 Interventions parlementaires	10
2. Elaboration de l'avant-projet de loi d'adhésion et de son ordonnance	12
3. Points forts de l'avant-projet de loi d'adhésion	12
3.1 Réduction de la charge administrative pour les soumissionnaires	12
3.2 Accent mis sur la qualité	13
3.3 Lutte contre les dérives de la sous-traitance	13
3.4 Introduction de règles visant à de meilleures pratiques	14
3.5 Simplification pour les adjudicateurs	14
3.6 Simplification des formulaires officiels	15
IV. COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE	15
V. INCIDENCES FINANCIÈRES ET EN PERSONNEL	29

Liste des abréviations

AiMp	Autorité intercantonale pour les marchés publics
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AIMP 1994	Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 avril 1994 / 15 mars 2001
AIMP 2019	Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019
AMP 1994	Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 (accord OMC)
AMP 2012	Accord sur les marchés publics du 15 décembre 2011 (accord OMC), adopté le 21 mars 2012 par le Conseil fédéral
AURORA	Groupe de travail paritaire Confédération/cantons chargés de la révision des textes portant sur les marchés publics
CA	Conférence des achats de la Confédération
CFC	Code de frais de construction
COMCO	Commission de la concurrence
Commission	Commission extraparlamentaire ad hoc
DEMP	Directives d'exécution de l'AIMP 1994
DTAP	Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement
LcAIMP	Loi concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 8 mai 2003
LFH	Loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques du 22 décembre 1916
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
LOGIB	Modèle d'analyse standard de la Confédération permettant d'identifier les discriminations salariales
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMP	Ordonnance fédérale sur les marchés publics
RS	Recueil systématique de la Confédération
SJAE	Service juridique des affaires économiques du Département de l'économie et de la formation
UE	Union européenne

I. Présentation du contexte

1. Révision de l'accord OMC sur les marchés publics (AMP 2012)

La révision de l'accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les marchés publics (AMP 1994; RS 0.632.231.422) s'est achevée en mars 2012. L'accord révisé de l'OMC sur les marchés publics (AMP 2012) est entré en vigueur le 6 avril 2014 pour les parties l'ayant ratifié, le quorum des Etats signataires ayant été atteint. La Suisse a signé l'AMP 2012 le 21 mars 2012 et a entrepris sa transposition dans le droit suisse.

2. Transposition commune de l'AMP 2012 dans le droit suisse

Jusqu'à présent, la Confédération et les cantons ont transposé de manière séparée les accords internationaux régissant le domaine des marchés publics. En ce qui concerne les cantons, ceux-ci avaient mis en œuvre de manière autonome l'AMP par l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994, révisé le 15 mars 2001 (AIMP 1994) ainsi que par des législations d'exécution cantonales, en reprenant entièrement ou en partie les directives d'exécution de l'AIMP (DEMP).

Les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics présentent nombre de différences. Le champ d'application subjectif et objectif, les valeurs seuils, les exigences relatives aux appels d'offres publics, les critères de sélection (distinction entre critères d'aptitude et critères d'adjudication et leur pondération), l'ouverture des offres, la négociation du prix (elle était admise jusqu'à présent au niveau fédéral, mais pas au niveau cantonal), l'exclusion de la procédure en cours et des procédures à venir, la prise en compte de critères dits étrangers au marché – par exemple des critères motivés par des considérations sociopolitiques –, la motivation des adjudications et les voies de droit sont réglés de manière différente. Ces différences accroissent la complexité du droit des marchés publics et sont une source d'incertitudes pour les participants aux procédures. Ces dernières années, l'opinion selon laquelle il est dans l'intérêt de l'économie suisse d'harmoniser ces législations, lorsque cela est possible et pertinent, s'est renforcée. Plusieurs parlementaires fédéraux ont demandé une révision du droit des marchés publics. Un exemple en est donné par la motion Bourgeois, qui chargeait le Conseil fédéral de faire en sorte, en collaboration avec les cantons, que les lois fédérale et cantonales sur les marchés publics soient harmonisées dans la mesure du possible lors de la prochaine révision.

Aussi, pour transposer dans le droit suisse l'AMP 2012, la Conférence des achats de la Confédération (CA) et l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) ont chargé un groupe de travail appelé AURORA, constitué à parité de représentants de la Confédération et des cantons, de leur soumettre des propositions en vue de la révision des textes portant sur les marchés publics. Le but était non seulement de parvenir à une mise en œuvre cohérente, sur les plans matériel et formel, mais également d'harmoniser autant que possible les législations fédérale et cantonales, dans le respect de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. Fin 2013, le groupe de travail a adopté un premier projet de texte et un rapport, qu'une commission de rédaction commune a ensuite ponctuellement complétés. L'AiMp a mis en consultation le projet d'AIMP révisé lors du quatrième semestre de 2014. La Confédération a mis en consultation son avant-projet de loi fédérale lors du deuxième trimestre de 2015.

3. Adoption de la loi fédérale sur les marchés publics

A l'issue de ces deux procédures de consultation, les deux projets ont été retravaillés par une commission de rédaction paritaire du groupe de travail AURORA. Ce n'est que le 21 juin 2019 que le Conseil national et le Conseil des Etats ont adopté à l'unanimité (moins deux abstentions au Conseil national) la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP). Après avoir débattu du projet de loi au cours de plusieurs sessions, les Chambres fédérales ont finalement éliminé leurs divergences. Parallèlement, l'accord révisé de l'OMC

sur les marchés publics (AMP 2012) a été adopté à l'unanimité (moins une abstention au Conseil national). Le 12 février 2020, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance sur les marchés publics (OMP) révisée. La LMP et l'OMP sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2021.

4. Entrée en vigueur de l'AMP 2012

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 1^{er} janvier 2021, en même temps que la législation fédérale révisée.

II. AIMP 2019

1. Adoption de l'AIMP 2019

Compte tenu de l'objectif d'harmonisation, l'AiMp a décidé de n'adopter l'AIMP révisé que lorsque la procédure législative fédérale serait achevée. Dès lors, suite à l'adoption par le Parlement fédéral le 21 juin 2019 de la LMP, les cantons ont repris leurs travaux et ont examiné lesquelles des modifications apportées au projet commun devraient également être reprises dans l'AIMP et celles pour lesquelles des différences par rapport au nouveau droit fédéral devraient en revanche subsister. Une consultation succincte a été menée entre le 23 juin et le 28 août 2019, limitée aux points et différences jugés les plus importants et susceptibles d'avoir une incidence sur les cantons. Il est à relever que le Bureau interparlementaire de coordination a été associé aux deux procédures de consultation, pour rappel celle de 2014 portant sur le projet initial et celle de l'été 2019.

Lors de l'assemblée plénière de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) du 19 septembre 2019, l'assemblée générale a pris connaissance des résultats de la consultation succincte et a décidé d'adopter d'ores et déjà les modifications non contestées. Elle s'est aussi prononcée sur des demandes d'adaptation supplémentaires. Elle a accepté d'introduire dans l'AIMP une disposition octroyant expressément aux cantons des compétences résiduelles pour édicter des dispositions d'exécution qui leur soient propres. Cette demande était formulée par les cantons de Berne, Genève, Vaud mais aussi par le canton du Valais. Enfin, elle a demandé d'étudier plus avant les derniers points encore en suspens. Finalement, l'AIMP révisé a été adopté à l'unanimité le 15 novembre 2019 (AIMP 2019) lors d'une assemblée plénière extraordinaire. Il entrera en vigueur lorsque deux cantons l'auront ratifié. La première adhésion a été déclarée par le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures. Des processus législatifs sont également en cours dans les cantons de Vaud, de Berne, de Bâle-Ville, d'Argovie, de Schwytz, d'Uri et de Zurich¹.

2. Principales nouveautés de l'AIMP 2019

2.1 Accord règlementant quasiment toute la matière

L'AIMP du 25 novembre 1994 / 15 mars 2001 compte 22 articles : il s'agit d'un accord-cadre. L'AIMP du 15 novembre 2019 en compte désormais 65, répartis en 10 chapitres et 4 annexes. Cela s'explique par le fait que les DEMP, qui n'avaient jusqu'alors que valeur de recommandation, ont été intégrées dans l'AIMP dans un souci d'harmonisation. En conséquence, l'AIMP 2019 règle désormais quasiment les procédures des marchés publics dans leur totalité.

¹ État mi-février 2021 ; pour une vue d'ensemble actualisée, voir le site de la DTAP : <https://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019>

Néanmoins, suite aux demandes déposées par quelques cantons dont le Valais², l'accord a été complété et les cantons sont habilités à édicter des dispositions d'exécution pour préciser l'AIMP 2019. Une première disposition en ce sens avait été adoptée le 19 septembre 2019. Lors de l'assemblée plénière extraordinaire du 15 novembre 2019, le texte a été légèrement précisé et la teneur finale de cet article est la suivante : « *Dans le respect des engagements internationaux de la Suisse, les cantons peuvent édicter des dispositions d'exécution, en particulier pour les art. 10, 12 et 26* » (art. 63 al. 4 AIMP 2019). Sur la base de cette disposition, les cantons ont donc la possibilité d'édicter leurs propres dispositions d'exécution pour concrétiser et préciser les dispositions contenues dans l'AIMP. Ces dispositions d'exécution doivent s'inscrire dans le cadre de l'AIMP révisé, ne pas limiter les droits des destinataires ou leur imposer de nouvelles obligations.

2.2 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 AIMP 2019). L'article 41 AIMP 2019 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 AIMP 2019). 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.

2.3 Développement durable

Le développement durable joue un rôle central dans l'Accord révisé. Les dispositions correspondantes figurent aux articles 2, 12, 29 et 30 AIMP 2019. Une plus grande marge de manœuvre sera accordée aux pouvoir adjudicateurs dans la prise en compte du développement durable qui doit désormais être exploitée. Ce renforcement du développement durable devrait influencer et influencera de plus en plus la conception des critères dans les appels d'offres futurs. Dorénavant, les pouvoir adjudicateurs seront par exemple tenus de prendre davantage en considération dans l'élaboration de leurs systèmes d'évaluation, le développement durable avec toutes ses dimensions conformément à l'article relatif au but, le caractère innovant et la plausibilité de l'offre.

² Cf. supra point II, 1

2.4 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 1994. 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. Les buts de l'AIMP 2019 rappellent qu'une concurrence efficace et équitable doit être garantie entre les soumissionnaires, notamment par des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption (art. 2 lit. d AIMP 2019). Il existe des dispositions qui vont dans le même sens, comme le fait de révoquer une décision d'adjudication, d'exclure de la procédure ou de radier d'une liste un soumissionnaire qui a enfreint les dispositions relatives à la lutte contre la corruption (art. 44 al. 1 lit. e AIMP 2019) ou qui a conclu un accord illicite affectant la concurrence (art. 44 al. 2 lit. b AIMP 2019). La Commission de la concurrence (COMCO) devra être informée de soupçon d'accord illicite affectant la concurrence (art. 45, al. 2 AIMP 2019).

2.5 Clarification des notions et du champ d'application

L'AIMP a été complété par des définitions et sa terminologie a été adaptée. L'AIMP 2019 contient désormais une courte liste de définitions (art. 3 AIMP 2019), incluant expressément les notions d'entreprise publique et d'organisme de droit public. Le champ d'application subjectif relatif aux adjudicateurs assujettis a été défini de manière plus précise (art. 3 AIMP 2019). En ce qui concerne le champ d'application objectif, une définition de la notion de marché public figure désormais dans le texte même de l'AIMP (art. 8 AIMP 2019) et la délégation de tâches publiques de même que l'octroi de concession sont assimilés à des marchés publics (art. 9 AIMP 2019). L'AIMP 2019 prévoit que la délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérées 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. Il réserve cependant les dispositions spéciales du droit fédéral et cantonal. Ainsi à titre d'exemple, les concessions dans le domaine hydraulique peuvent être attribuées sans devoir appliquer les dispositions sur les marchés publics : en effet, la loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques du 22 décembre 1916, ci-après LFH, contient des dispositions stipulant clairement que la concession peut être octroyée sans appel d'offres (art. 60 al. 3^{bis}, art. 62 al. 2^{bis} LFH). Quant aux exceptions au champ d'application (art. 10 AIMP 2019), elles ont fait l'objet d'une redéfinition et d'une extension : il est ainsi 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 lit. e AIMP 2019) ou aux institutions de prévoyance de droit public des cantons et des communes (art. 10 al. 1 lit. g AIMP 2019). Les cantons conservent la faculté de définir pour des deux cas précités un assujettissement au droit des marchés publics dans le cadre des dispositions d'exécution cantonales. Enfin, bien que la doctrine et la jurisprudence l'admettaient déjà, l'AIMP 2019 exempte formellement quatre types de marchés : les monopoles, les marchés in-state, in-house et quasi in-house (art. 10 al. 2 AIMP 2019).

2.6 Valeurs seuils

La valeur des marchés de fournitures non soumis aux accords internationaux a été relevée pour la procédure de gré à gré. Elle passe de CHF 100'000.-- à CHF 150'000.-- afin de s'aligner sur celle des marchés de services (art. 16 et annexe 2 AIMP 2019). Toutes les autres valeurs seuils demeurent inchangées, notamment celles des marchés non soumis aux accords internationaux. La demande émise par certains cantons, lors de la consultation

de l'été 2019, d'augmenter les valeurs seuils pour le marché intérieur a été clairement rejetée lors de l'assemblée générale de la DTAP du 19 septembre 2019 (17 non ; 0 oui ; 1 abstention).

2.7 Transparence accrue

L'AIMP 2019 confère un rôle clef à la plateforme internet de publication www.simap.ch, consacrée aux marchés publics et exploitée conjointement par la Confédération et les cantons. Elle a pour but d'assurer la transparence des procédures, d'assurer l'accès au marché. Il s'agit aussi d'un outil permettant aux adjudicateurs de publier les décisions prises au cours d'une procédure d'adjudication. L'AIMP 2019 pose comme principe que la quasi-majorité des décisions devront y être publiées (cf. art. 48 AIMP 2019), indépendamment du fait que le marché en question soit un marché soumis aux accords internationaux ou un marché non soumis aux accords internationaux. Plus précisément, dans les procédures ouverte ou sélective, l'appel d'offres public, l'adjudication et également l'interruption de la procédure devront être publiés sur la plateforme internet www.simap.ch pour tous les marchés. De même, les adjudications de gré à gré des marchés soumis aux accords internationaux devront être publiées sur ladite plateforme (art. 48 AIMP 2019). Les cantons restent libres de prévoir des organes de publication supplémentaires.

Avec un organe de publication central, les soumissionnaires valaisans auront une meilleure visibilité des marchés mis en soumission ainsi que des décisions d'adjudication rendues.

2.8 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 AIMP 2019), la possibilité de conclure des contrats-cadres déjà mise à profit en pratique depuis un certain temps avec la procédure de conclusion de contrats subséquents (art. 25 AIMP 2019) ainsi que la conduite d'enchères électroniques (art. 23 AIMP 2019), sont ancrés dans l'AIMP 2019.

Une enchère électronique ne constitue pas une procédure d'adjudication en soi, mais un instrument pouvant être utilisé dans le cadre d'une procédure ouverte, sélective ou sur invitation ou lors de contrats subséquents fondés sur des contrats-cadres. L'AIMP prévoit que cet instrument ne peut être utilisé que pour l'acquisition de prestations standardisées. La pratique devra montrer où ce nouvel instrument pourra être utilisé avec profit.

En ce qui concerne le dialogue, il n'est ni prévu dans l'AMP 1994 ni dans l'AMP 2012. L'Union européenne (UE) connaît quant à elle ce qu'elle appelle le « dialogue compétitif » qui vise à augmenter la flexibilité pour des marchés particulièrement complexes. L'AIMP 2019 en introduit une variante. A nouveau, il ne s'agit que d'un instrument. Cet instrument peut être utilisé dans une procédure ouverte ou sélective lorsqu'il s'agit de marchés complexes, de prestations intellectuelles ou innovantes et pour lesquels il s'avère extrêmement difficile, voire 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. Il ne permet en aucun cas de négocier les prix : le principe d'interdiction d'engager des négociations portant sur le prix fixé à l'article 11 lit. a AIMP 2019 reste applicable.

Quant à l'instrument des contrats-cadres, il n'est également ni prévu dans l'AMP 1994 ni dans l'AMP 2012. Cependant, les entités adjudicatrices de l'UE recourent depuis longtemps

à des contrats-cadres. Cet instrument permet à un adjudicateur d'acheter non pas un volume de prestations déterminé mais lui confère le droit d'acquérir certaines prestations au cours d'une période donnée. Les contrats-cadres contribuent à rationaliser les marchés publics et ont donc été introduits dans l'AIMP 2019. L'Accord distingue entre le contrat-cadre avec un adjudicataire (cf. art. 25 al. 4 AIMP 2019) et celui avec plusieurs adjudicataires (cf. art. 25 al. 5 AIMP 2019). Des « raisons suffisantes » sont en outre exigées pour le contrat-cadre avec adjudication multiple.

2.9 Méthode des deux enveloppes

Déjà utilisée dans la pratique par certains adjudicateurs, la méthode des deux enveloppes est officialisée par l'AIMP 2019 (art. 35 lit. I, art. 37 al. 3, art. 38 al. 4 AIMP 2019). Cette méthode vise à garantir qu'une évaluation qualitative des offres soit effectuée dans un premier temps, sans tenir compte des conditions financières. L'objectif est de permettre un examen des offres exempt de préjugés.

2.10 Remise électronique des offres

L'AIMP 2019 introduit formellement la possibilité pour l'adjudicateur d'autoriser la remise des offres par voie électronique. S'il admet cette manière de faire, l'adjudicateur doit l'indiquer dans l'appel d'offres, respectivement l'invitation, ou les documents d'appel d'offres et fixer les exigences de forme y relatives (art. 34, al. 2 AIMP 2019).

2.11 Critères d'adjudication

Deux critères d'adjudication deviennent des critères d'adjudication obligatoires : le prix et la qualité. Il s'agit de conférer plus d'importance à une pratique des marchés publics axée sur la qualité. Il est précisé ici que contrairement à la LMP, l'AIMP 2019 n'impose pas aux adjudicateurs de choisir un troisième critère d'adjudication. Néanmoins, les adjudicateurs ont la faculté de fixer des critères d'adjudication supplémentaires en fonction du marché dont il est question. L'article 29 alinéa 1 AIMP 2019 contient une liste exemplative, non exhaustive, de critères pouvant être utilisés en plus du critère prix et du critère de la qualité. Aussi, les adjudicateurs peuvent s'ils le souhaitent prendre en compte l'un ou l'autre de ces critères ainsi que d'autres critères ne figurant pas dans la liste de l'article 29 alinéa 1 AIMP 2019, comme par exemple pour les marchés non soumis aux accords internationaux le critère de la fiabilité du prix ou des différents niveaux de prix.

Les critères d'adjudication ne doivent pas discriminer les soumissionnaires étrangers ou protéger les soumissionnaires suisses de la concurrence étrangère. En outre, les cantons ne peuvent pas aller dans leurs législations d'exécution au-delà de ce qui est contenu dans l'AIMP 2019 et obliger les adjudicateurs à utiliser plus de deux critères d'adjudication.

Enfin, les prestations standardisées peuvent continuer à être adjudiquées sur la base du seul critère du prix total le plus bas.

L'AIMP 2019 introduit la faculté pour l'adjudicateur de prendre en compte des critères dits « étrangers » aux marchés publics. Il s'agit de critères sociaux, qui ne peuvent être utilisés que pour les adjudications cantonnées au marché intérieur. Ces critères sont énumérés de manière exhaustive à l'art. 29 al. 2 AIMP 2019. Ce sont la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation professionnelle initiale, des places de travail pour les travailleurs âgés ou une réinsertion pour les chômeurs de longue durée. L'introduction de la formation d'apprentis, autrement dit d'apprenants en formation professionnelle initiale, comme critère d'adjudication pour les marchés non soumis aux

accords internationaux répond de cette manière à la demande du postulat 3.0346 « Favoriser les entreprises formatrices dans l'attribution des marchés publics ».³

2.12 Voies de droit

Les décisions doivent être sommairement motivées. L'AIMP 2019 précise que la motivation sommaire comprend entre autres les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre retenue. Les décisions peuvent être notifiées soit par publication, soit individuellement (art. 51 AIMP 2019). Quant aux délais de recours, ils passent de 10 à 20 jours (art. 56 AIMP 2019). Le délai de recours a été allongé à 20 jours, afin d'assurer l'harmonisation entre la Confédération et les cantons. Les décisions 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 (art. 52 AIMP 2019). Enfin, l'autorité de recours pourra statuer sur une éventuelle demande en dommages-intérêts en même temps qu'elle procède à la constatation de la violation du droit (art. 58 AIMP 2019). Cette compétence ne relève plus de la compétence des tribunaux civils. Comme précédemment, les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas.

III. Loi d'adhésion à l'AIMP 2019

1. Nécessité législative

1.1 Transposition de l'AMP 2012 par le canton du Valais

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 du Valais satisfait ainsi à son obligation de transposer dans son droit cantonal dites dispositions.

1.2 Interventions parlementaires

L'avant-projet de loi d'adhésion permet également de répondre aux interventions parlementaires suivantes :

- a) la motion 3.0315 « Des marchés publics : Que le bon sens prime sur la théorie », déposée le 8 septembre 2016 par les députés Serge Métrailler, Marcel Bayard, Stéphane Ganzer, Marcel Delasoie et cosignataires et acceptée par le Grand Conseil le 15 décembre 2017. Les motionnaires requéraient la révision de la loi concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LcAIMP) et de ses ordonnances ainsi que la création d'une commission extraparlamentaire ad hoc, composée de représentants de l'Etat, d'associations professionnelles, d'organisations syndicales et d'experts agréés. Pour appuyer leur motion, ils indiquaient qu'une nouvelle procédure avait vu le jour sans cadre légal, la procédure dite de gré à gré concurrentiel, admise par la doctrine et la jurisprudence. Ils relevaient de nouveaux problèmes, issus du terrain, comme la sous-traitance. De leur point de vue, les critères d'aptitude essentiels pour assurer des travaux de qualité et contribuer au maintien du savoir-faire n'ont plus d'influence. Enfin, ils estimaient que les critères d'adjudication ont évolué et qu'en conséquence ces critères doivent être mieux détaillés pour constituer une véritable boîte à outils pour les adjudicateurs. La législation doit donner des définitions claires de ces derniers

³ Voir la présentation au point III 1 1.2

(et non pas uniquement une liste exemplative), expliquer leurs exigences, leurs pondérations possibles.

- b) le postulat 3.0346 « Favoriser les entreprises formatrices dans l'attribution des marchés publics », déposé le 13 septembre 2017 par le député Valentin Aymon et cosignataires et accepté par le Grand Conseil le 8 mars 2018. Ces députés demandaient une modification de l'ordonnance sur les marchés publics pour pouvoir donner la priorité à des entreprises formatrices d'apprentis. Ils mentionnaient qu'une exception devait tout de même être considérée pour les marchés publics ouverts à l'international. Le système suisse de formation n'est en effet pas la règle dans les autres pays. Ils relevaient entre autres points que les adjudications sont encore trop souvent attribuées, soit à des entreprises hors cantons, soit à des entreprises non formatrices.

Dans sa réponse à la motion 3.0315, le Conseil d'Etat s'est déclaré d'accord avec la demande des motionnaires, tout en précisant qu'il appartiendra à cette commission extraparlamentaire ad hoc d'étudier dans un premier temps les points mis en avant dans la motion et, dans un deuxième temps, d'examiner s'il est opportun d'entreprendre une révision partielle de notre législation cantonale qui n'entrerait peut-être en vigueur que peu de temps avant la révision en cours de l'AIMP.

Suite à l'acceptation de cette motion par le Grand Conseil le 15 décembre 2017, le Conseil d'Etat a constitué par décision du 30 mai 2018 une commission extraparlamentaire ad hoc et lui a confié le mandat :

- *d'analyser la situation juridique et d'identifier les problèmes d'application de la législation sur les marchés publics en ce qui concerne notamment la procédure de gré à gré concurrentiel, la sous-traitance, les critères d'aptitude et les critères d'adjudication ;*
- *d'étudier la nécessité d'apporter des correctifs dictés par la pratique à la loi et/ou aux ordonnances et d'élaborer des propositions de solution ;*
- *de soumettre au Conseil d'Etat jusqu'à la fin de l'année 2018 un rapport intermédiaire portant sur les points mentionnés ci-dessus avec une proposition de modifier ou non la loi et/ou les ordonnances et l'indication d'éventuelles alternatives à une modification de dite législation.*

Le Département de l'économie et de la formation, par son service juridique des affaires économiques (SJAE), a été chargé d'assurer l'accompagnement juridique ainsi que le secrétariat de la commission.

Le 28 novembre 2018, le Conseil d'Etat a prolongé le délai de remise du rapport de la commission à la fin mars 2019, le délai initialement fixé ne pouvant plus être respecté en raison d'une part des thèmes supplémentaires traités ainsi que, d'autre part, de l'extension de son mandat. En effet, le Conseil d'Etat se voyant confier l'étude du postulat 3.0346 « Favoriser les entreprises formatrices dans l'attribution des marchés publics » a chargé la commission d'analyser la question de la formation des apprentis dans le cadre de l'examen des critères d'adjudication.

Dans un rapport du 20 mars 2019, la commission a mis en exergue une liste de problèmes liés à l'application du gré à gré dit concurrentiel, de la sous-traitance, des critères d'aptitude et des critères d'adjudication. Pour chaque problème d'application identifié à l'intérieur des quatre thèmes mis en avant dans la motion 3.0315, elle a formulé des propositions de solution. Elle a procédé de la même manière pour les autres thèmes intégrés à ses travaux, comme le critère du développement durable, le système des deux enveloppes ou la question de la main d'œuvre temporaire. Puis, sur la base de cet inventaire, elle a opéré une séparation entre les problèmes d'application dont la mise en œuvre nécessite impérativement l'adoption ou la création d'une norme au niveau de la loi et ceux pouvant être mis en œuvre d'une part au niveau de l'ordonnance et, d'autre part, en élaborant des documents d'aide à la décision et/ou en formant les adjudicateurs tenus d'appliquer la

législation sur les marchés publics. La commission a ainsi décidé de classer dans la première catégorie les problèmes d'application identifiés en lien avec le gré à gré concurrentiel, la sous-traitance, le critère de la formation initiale et continue et la main d'œuvre temporaire. La commission a considéré que tous les autres problèmes d'application identifiés et traités, en particulier la question de l'utilisation des critères d'aptitude et d'adjudication ou la notation du critère prix, pouvaient être placés dans la deuxième catégorie.

Compte tenu du calendrier prévu pour l'adoption de l'AIMP révisé, la commission a renoncé à entamer des modifications législatives ponctuelles. Elle a proposé au Conseil d'Etat d'entreprendre d'ores et déjà les travaux législatifs commandés par la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics.

Avec ce rapport du 20 mars 2019, la motion 3.0315 peut être considérée comme réalisée.

2. Elaboration de l'avant-projet de loi d'adhésion et de son ordonnance

Le Conseil d'Etat a, sur cette base, mandaté le SJAÉ pour qu'il rédige un avant-projet de loi d'adhésion à l'AIMP ainsi qu'un avant-projet d'ordonnance d'application. Le Conseil d'Etat a également chargé le SJAÉ de consulter la commission et d'intégrer de cette manière dite commission aux travaux de révision de la législation sur les marchés publics.

Donnant suite au mandat qui lui a été confié par le Conseil d'Etat, le SJAÉ a entrepris la rédaction d'un avant-projet de loi d'adhésion ainsi que d'ordonnance. Au cours de ses travaux, la commission a été invitée à deux reprises pour une présentation et discussion sur les avant-projets. Le SJAÉ a ainsi pu recueillir l'avis de la commission au sujet de points spécifiques comme le gré à gré concurrentiel, le contrôle des soumissionnaires et des sous-traitants ou la main d'œuvre temporaire. Par la suite, des échanges ont encore eu lieu entre les associations professionnelles et le SJAÉ sur la question spécifique des conditions de travail.

3. Points forts de l'avant-projet de loi d'adhésion

3.1 Réduction de la charge administrative pour les soumissionnaires

La législation en vigueur impose aux soumissionnaires qui ont choisi de ne pas s'inscrire sur une liste permanente ainsi qu'aux soumissionnaires exerçant une profession pour laquelle il n'existe pas de liste la transmission de toutes les attestations relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail déjà au moment du dépôt de l'offre. Ces soumissionnaires doivent à chaque fois qu'ils déposent une offre fournir des attestations récentes certifiant qu'ils ont décompté et payé intégralement toutes les cotisations sociales. Pour les obtenir, ils doivent s'adresser auprès de diverses entités. La délivrance d'attestation est parfois soumise à émolument. Elle peut ne pas être immédiate, être sujette à des délais. Pour ne pas imposer de démarches inutiles aux soumissionnaires dont l'offre ne sera au final pas retenue, l'avant-projet propose à l'article 7, alinéa 3 que toutes les attestations relatives au respect des conditions de participation devront être remises non plus lors du dépôt de l'offre mais dans une phase ultérieure de la procédure, soit avant l'adjudication. De plus, seul le soumissionnaire pressenti aura l'obligation de les fournir. Enfin, le Conseil d'Etat a la possibilité de prévoir par voie d'ordonnance des exceptions à l'obligation de déposer l'ensemble des attestations nécessaires, notamment lorsque le respect des conditions de participation peut être démontré par d'autres moyens ou lorsqu'il n'existe aucun organe ou autorité à même de les délivrer (art. 7, al. 4 avant-projet). Il est pensé ici principalement au

dépôt du résultat de l'analyse de l'égalité salariale effectué au moyen de l'outil Logib⁴ ou à la production d'une auto-déclaration par exemple en ce qui concerne la non-conclusion d'accords illicites affectant la concurrence. Quant à l'inscription du soumissionnaire sur une liste d'entreprises ou de prestataires respectant les conditions de participation, elle ne pourra dispenser le soumissionnaire de produire tout ou partie des attestations requises que pour autant que la liste offre les garanties nécessaires et que l'ordonnance sur les marchés publics le prévoie expressément, le Conseil d'Etat devant dans cette hypothèse consulter au préalable d'une modification de l'ordonnance les partenaires concernés.

3.2 Accent mis sur la qualité

L'un des objectifs du nouveau droit, tant fédéral qu'intercantonal, a été d'accorder une importance plus grande à la qualité⁵. La commission a longuement discuté des problèmes générés par l'importance souvent excessive donnée au critère prix. Prenant en compte ces préoccupations, et avec la volonté de renforcer le plus possible l'importance de la qualité dans le choix des prestations, l'avant-projet introduit un article qui permettra à l'adjudicateur d'exclure de la procédure une offre recevable mais qui n'atteint pas une note minimale en rapport avec un ou plusieurs critères d'adjudication permettant d'évaluer la qualité (art. 13 avant-projet).

En outre, l'avant-projet confère la compétence d'établir et de tenir à jour des listes d'entreprises et de prestataires qualifiés au sens de l'article 28 AIMP 2019 au canton, en collaboration avec les associations professionnelles (art. 12 avant-projet). Pour y être inscrit, une entreprise ou un prestataire devra notamment justifier d'une formation professionnelle suffisante. Les exigences seront fixées par le Conseil d'Etat par voie d'ordonnance.

3.3 Lutte contre les dérives de la sous-traitance

La question de la sous-traitance a occupé une large place dans les travaux de la commission. Sur la base des compétences résiduelles octroyées aux cantons par l'AIMP 2019, l'avant-projet reprend dans un article spécifiquement consacré à ce thème, l'article 10 de l'avant-projet, les propositions de solution que la commission a identifiées. Cet article vise à assurer le respect des conditions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail par les entreprises qui réalisent des travaux en sous-traitance. Des modalités précises d'annonce sont introduites avec pour objectif de permettre à l'adjudicateur de connaître le ou les sous-traitants qui participeront à l'exécution des travaux ou des prestations et d'être ainsi en mesure de les contrôler. Le régime mis en place permet de répercuter sur le soumissionnaire un motif d'exclusion imputable à l'un de ses sous-traitants. Les soumissionnaires devraient ainsi accorder d'avantage d'attention au choix des entreprises ou prestataires avec lesquels ils envisagent de collaborer. L'avant-projet pose également le principe de l'interdiction de la sous-traitance à plusieurs niveaux, sous réserve de certaines exceptions. Cette interdiction vaut pour tous les types de marchés, aussi bien pour les marchés de construction que pour les marchés de services ou de fournitures. La sous-traitance (sous-traitance en cascade) est souvent source de problèmes. En l'interdisant et en obligeant un soumissionnaire à annoncer une sélection de sous-traitants respectant les conditions de travail et de salaires, la proposition formulée dans l'avant-projet devrait contribuer à casser cette pression sur les prix à chaque niveau d'exécution, mais aussi à éviter une dissolution des responsabilités.

⁴ <https://www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/prestations/logib.html>

⁵ Cf. supra point II, 2.2

3.4 Introduction de règles visant à de meilleures pratiques

La commission a également étudié avec attention l'usage fait de la procédure de gré à gré dite « concurrentiel », appliquée en dessous des valeurs seuils et qui consiste à demander de manière informelle des offres à des fins de comparaison. Cette procédure a vu le jour en dehors de tout cadre légal et a été reconnue peu à peu par les jurisprudences cantonales. La possibilité de demander des offres à des fins de comparaison dans le cadre d'une procédure de gré à gré est désormais formellement ancrée dans l'AIMP 2019 (art. 21 al. 1 AIMP 2019). Bien que la commission reconnaisse les avantages que cette procédure présente, en particulier pour la défense de l'économie locale, elle a néanmoins souhaité fixer aux adjudicateurs une ligne de conduite dans le but d'en permettre un meilleur usage. L'avant-projet reprend à son article 6 les quelques principes proposés par la commission.

En ce qui concerne la main d'œuvre temporaire, des garde-fous ont été posés à la demande de la commission pour éviter qu'un adjudicataire ne fasse en définitive exécuter les travaux en grande partie par des personnes extérieures à l'entreprise, notamment par choix de ne pas engager du personnel en nombre suffisant (art. 11 avant-projet). Il est à préciser à cet égard que ce thème a été intégré aux travaux de la commission, bien que ne figurant pas dans la liste des problèmes d'application à l'origine du dépôt de la motion 3.0315.

3.5 Simplification pour les adjudicateurs

En ce qui concerne les adjudicateurs, ceux-ci ne seront plus tenu dans le cadre d'une procédure sur invitation de rechercher au minimum cinq entreprises ou prestataires, comme c'est le cas dans la législation en vigueur. L'avant-projet s'en tient strictement au cadre donné par l'AIMP 2019 (art. 5 AIMP 2019), ce qui signifie que seules trois offres devront au minimum être demandées. La réduction du nombre d'offres devant obligatoirement être adressées permettra de faciliter pour certains types de marchés les recherches des entreprises et prestataires et de réduire le travail d'évaluation des offres.

L'avant-projet propose également de simplifier le travail de contrôle des adjudicateurs en ce qui concerne le respect des conditions de participation, notamment des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail. Les adjudicateurs n'auront plus à contrôler dès la réception des offres les attestations déposées par tous les soumissionnaires et leurs sous-traitants annoncés. Ils devront uniquement contrôler le soumissionnaire pressenti (art. 7 al. 3 avant-projet). En conséquence, le contrôle des conditions de participation s'effectuera lors de la phase finale de l'évaluation des offres. L'adjudicateur pourra s'appuyer sur le document officiel élaboré par le canton. Il est prévu que ce document énumère dans une deuxième partie, après la déclaration du soumissionnaire respectivement du sous-traitant attestant qu'il respecte les conditions de participation, tous les documents devant être transmis par le soumissionnaire pressenti. Ainsi, et le soumissionnaire, et l'adjudicateur, sauront exactement quels documents produire, respectivement réclamer et contrôler. Quant à l'inscription du soumissionnaire sur une liste d'entreprises ou de prestataires remplissant les conditions de participation, elle contribuera à diminuer le travail de l'adjudicateur. Le soumissionnaire pressenti pourra être dispensé de produire tout ou partie des attestations nécessaires au contrôle, pour autant que le Conseil d'Etat, d'entente avec les partenaires concernés, le décide. Des simplifications sont aussi introduites dans l'avant-projet pour alléger le contrôle par l'adjudicateur des conditions de participation de certains marchés de peu d'importance dès lors qu'il apparaît tout à fait disproportionné de poser les mêmes exigences de contrôle pour un marché de CHF 6'000.-- par exemple que pour un marché de CHF 160'000.--. L'avant-projet entend conférer une marge d'appréciation à l'adjudicateur, mais limitée aux marchés de services et de fournitures.

3.6 Simplification des formulaires officiels

Pour démontrer le respect des exigences en matière de protection des travailleurs et de conditions de travail, les soumissionnaires doivent actuellement joindre à leur offre l'un des trois formulaires⁶ établis par le service de protection des travailleurs et des relations du travail, comme le commande l'article 15 de l'ordonnance sur les marchés publics du 11 juin 2003 : le formulaire A pour les soumissionnaires inscrits sur une liste permanente, le formulaire B pour les soumissionnaires non-inscrits sur une liste et le formulaire C s'il n'existe pas de liste pour l'activité considérée. Or, la pratique a montré que les soumissionnaires n'utilisent pas toujours le formulaire approprié. Ils doivent en outre également remplir une attestation séparée concernant la question de l'égalité salariale entre femmes et hommes. Aussi, il est envisagé de prévoir qu'un seul document servant au contrôle de toutes les conditions de participation, à savoir également les exigences applicables en matière d'égalité salariale entre femmes et hommes, le respect du droit de l'environnement, le paiement des impôts et des cotisations sociales exigibles ainsi que l'interdiction de conclure des accords illicites affectant la concurrence. Il permettra au soumissionnaire et aux sous-traitants de déclarer en connaissance de cause lors du dépôt de l'offre qu'ils respectent toutes les conditions de participation. En outre, ce document officiel contiendra une liste détaillée de tous les documents qui devront être déposés par le soumissionnaire pressenti.

IV. Commentaire article par article

L'avant-projet s'articule autour de trois parties principales. La première traite de l'adhésion et des dispositions particulières. La deuxième concerne la surveillance de l'application des dispositions sur les marchés publics et la troisième contient les dispositions d'exécution.

1. Adhésion et dispositions particulières

Art. 1 Déclaration d'adhésion

Les cantons peuvent soit choisir d'adhérer dans sa totalité à l'accord intercantonal révisé, soit refuser d'y adhérer. Une adhésion assortie de réserves n'est pas possible.

Dans ce premier article, le canton du Valais déclare adhérer à l'accord intercantonal révisé. Il reprend en conséquence par cette déclaration d'adhésion toutes les dispositions contenues dans l'accord intercantonal.

Art. 2 Exceptions au champ d'application subjectif

En plus des exceptions contenues dans l'AIMP 2019 à son article 10, l'avant-projet exempte la Banque cantonale du Valais (lit. a de l'al. 1^{er}), comme c'est le cas actuellement, et les institutions de prévoyance de droit public du canton et des communes pour leurs marchés dépendant de leur patrimoine financier (lit. b de l'al. 1^{er}). Dites caisses continueront à être assujetties à la législation sur les marchés publics pour les seules activités en lien avec leur patrimoine administratif. A titre d'exemple, la construction ou la rénovation des locaux occupés par leur personnel devra faire l'objet d'une procédure d'adjudication, alors que la construction d'immeubles destinés à la location pourra se faire sans devoir appliquer les dispositions sur les marchés publics. Il est ainsi fait usage des compétences résiduelles octroyées aux cantons par l'article 63 alinéa 4 AIMP 2019.

⁶ <https://www.vs.ch/web/marches-publics/formulaire-protection-des-travailleurs>

Il convient d'indiquer que l'AIMP 2019 exempte les marchés passés avec des institutions pour handicapés, des organismes d'insertion socioprofessionnelle, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires (art. 10, al. 1, lit. e AIMP 2019). Les cantons sont néanmoins habilités à adopter une solution différente. L'avant-projet s'en tient au texte de l'accord intercantonal et renonce à les assujettir. Une concurrence basée sur le prix s'avère en règle générale impossible pour ce type de marchés, certaines de ces prestations étant indemnisées sur la base de tarifs préétablis.

Art. 3 Langue de l'appel d'offres public et de l'invitation

Cet article précise dans quelle langue la publication des appels d'offres publics et la rédaction des invitations doit être effectuée.

L'alinéa premier impose de publier les appels d'offres publics des marchés soumis aux accords internationaux au moins dans l'une des deux langues officielles du canton, à savoir soit en allemand, soit en français. Si l'appel d'offres public n'est publié que dans l'une des langues officielles, l'adjudicateur devra alors publier un résumé de l'appel d'offres public dans l'autre langue officielle. A contrario, si l'appel d'offres public est publié dans sa totalité à la fois en français et en allemand, il ne sera alors pas nécessaire de publier de résumé.

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

Art. 4 Détermination de la valeur des marchés de construction non soumis aux accords internationaux

Dans le champ d'application des marchés internationaux, la valeur d'un marché de construction correspond à la valeur totale de tous les travaux de construction (art. 16 al. 3 AIMP 2019). Pour les marchés de construction non soumis aux accords internationaux, l'AIMP 2019 se limite à indiquer que la procédure applicable est déterminée sur la base de la valeur de chacun des travaux, sans plus de précision (art. 16 al. 4 AIMP 2019). Sachant que l'interdiction de morceler un marché doit être respectée, le canton du Valais reprend ici la règle de calcul actuellement en vigueur et qui a fait ses preuves, à savoir que la valeur d'un marché correspond à la valeur de l'ensemble des prestations comprises dans le code de frais de construction (CFC) jusqu'à trois chiffres.

Art. 5 Procédure sur invitation

Un seul article de l'AIMP 2019 traite de la procédure sur invitation, l'article 20. Cet article se borne à en donner une définition et à imposer à l'adjudicateur qu'il demande si possible au moins trois offres. L'alinéa premier fixe par conséquent de manière générale que les règles de la procédure ouverte sont applicables par analogie à la procédure sur invitation. L'alinéa deux précise quel doit être le contenu de l'invitation, celle-ci n'étant pas rendue publique au contraire de l'appel d'offres.

Art. 6 Procédure de gré à gré

Cet article a été introduit dans l'avant-projet à la demande de la commission. Si, dans le cadre d'une procédure de gré à gré, l'adjudicateur choisit de demander des offres à des fins de comparaison comme l'y autorise désormais expressément l'AIMP 2019 à son article 21 alinéa 1, l'adjudicateur devrait restreindre le nombre d'offres demandées. La raison principale de cette recommandation réside dans le fait qu'il est apparu dans la pratique que les adjudicateurs ne se bornent pas à solliciter un nombre raisonnable d'offres mais qu'ils approchent souvent un trop grand nombre d'entreprises ou de prestataires. La limite a été

fixée à trois offres, nombre qui correspond au nombre d'offres minimal devant être demandées dans le cadre d'une procédure sur invitation.

Dans le but d'éviter une pression trop grande sur les prix, la commission a également souhaité interdire les rondes de rabais, à savoir le fait de demander simultanément à toutes les entreprises ou prestataires approchés de faire évoluer leurs prix initiaux en leur laissant la possibilité de déposer une meilleure offre financière. Par contre, les négociations sur le prix avec l'entreprise ou le prestataire pressenti restent quant à elles possibles, ainsi que le prévoit du reste l'AIMP 2019. Par contre, pour toutes les autres procédures, l'AIMP 2019 continue d'interdire aux adjudicateurs d'engager des négociations portant sur le prix. Ce principe est fixé à l'article 11 lettre d AIMP 2019.

Ces règles trouvent application pour tous les types de gré à gré, à savoir à la fois pour les procédures de gré à gré en dessous des valeurs seuils (art. 21, al. 1 AIMP 2019) mais aussi pour les procédures de gré à gré en-dessus des valeurs seuils (art. 21, al. 2 AIMP 2019).

Art. 7 Conditions de participation

Les conditions de participation énoncées aux articles 12 et 26 AIMP 2019 sont au nombre de huit, à savoir : les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les conditions de travail, les annonces et autorisations mentionnées dans la loi fédérale sur le travail au noir, l'égalité salariale entre femmes et hommes, les prescriptions relatives au droit de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles, le paiement des impôts exigibles, le paiement des cotisations sociales exigibles ainsi que l'interdiction de conclure des accords illicites affectant la concurrence. Toutes ces conditions doivent être respectées par le soumissionnaire pressenti ainsi que par ses sous-traitants pour que l'adjudicateur puisse adjuger le marché public. Sur cette base, l'alinéa premier pose comme principe absolu que l'adjudicateur adjuge un marché public uniquement à un soumissionnaire qui prouve que lui-même et ses sous-traitants respectent les conditions de participation. C'est donc au soumissionnaire qu'incombe le fardeau de la preuve.

Bien que le contrôle des conditions de participation ne soit effectué qu'au stade de l'adjudication, le soumissionnaire et ses sous-traitants sont néanmoins tenus de transmettre avec l'offre une déclaration par laquelle ils déclarent remplir les conditions de participation. Cette déclaration devra être faite au moyen d'un document officiel établi par le canton. Ledit document mentionnera toutes les conditions de participation devant être respectées de même que la liste détaillée de tous les documents qui devront être déposés avant l'adjudication par le soumissionnaire pressenti et ses sous-traitants. Ce document a comme objectif de permettre d'une part au soumissionnaire et à ses sous-traitants de déclarer en connaissance de cause lors du dépôt de l'offre qu'ils respectent effectivement les conditions de participation et, d'autre part, de permettre au soumissionnaire d'anticiper la collecte des documents à déposer dans l'hypothèse où le marché devrait lui être attribué (al. 2).

Le troisième alinéa retient comme principe que seul le soumissionnaire pressenti devra, avant l'adjudication, transmettre à l'adjudicateur pour lui-même et chacun de ses sous-traitants l'ensemble des attestations nécessaires au contrôle des conditions de participation. Le non-respect de l'une des conditions de participation par le soumissionnaire ou l'un de ses sous-traitants suffit déjà à exclure l'offre du soumissionnaire de la procédure marchés publics.

Le Conseil d'Etat a la faculté de prévoir des exceptions à l'obligation de déposer des attestations. L'on pense aux conditions de participation pour lesquelles aucun organe ou autorité n'est à même de fournir une attestation. Dans pareilles situations, le soumissionnaire et ses sous-traitants devront néanmoins déposer une auto-déclaration (al. 4).

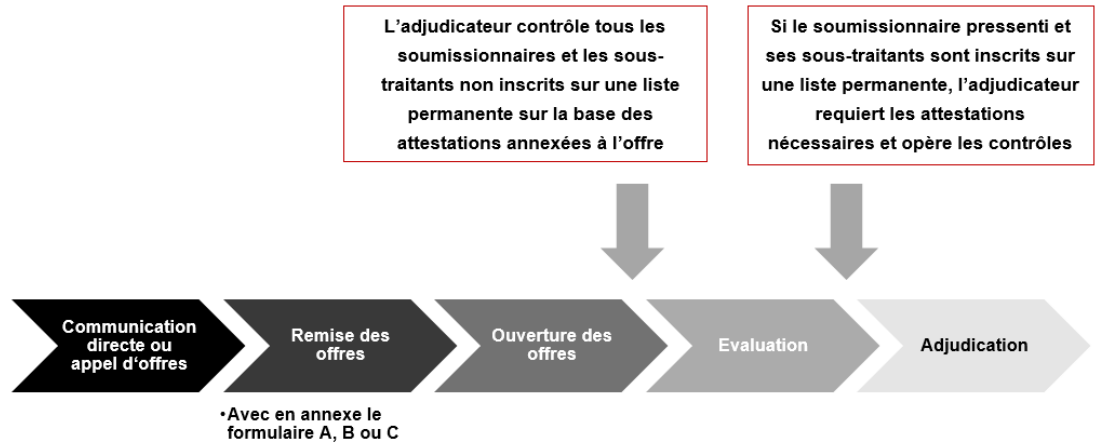
Le système mis en place peut être représenté ainsi :

Preuves du respect des conditions de participation

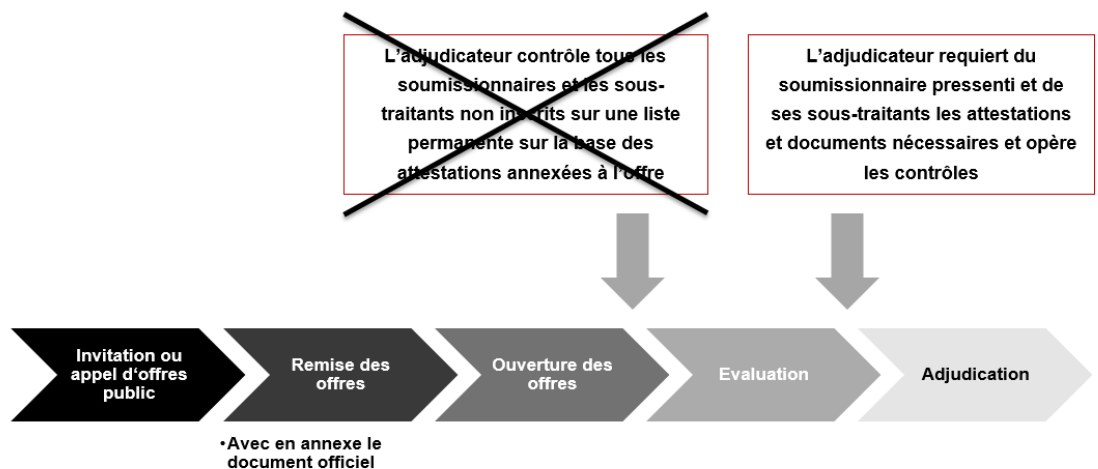
Quand ?	Quoi ?	
Lors du dépôt de l'offre	<i>Déclaration</i>	<p>Le soumissionnaire et les sous-traitants annoncés déclarent qu'ils respectent les conditions de participation. Ils utilisent le document officiel élaboré par le canton.</p> <p>Le soumissionnaire et les sous-traitants annoncés ne déposent à ce stade aucune attestation. Le document officiel énumère toutes les documents qu'ils devront transmettre en cas d'adjudication du marché.</p>
Après l'analyse des offres mais avant l'adjudication	<i>Attestations</i>	<p><u><i>Attestations émanant d'organes, autorités, etc :</i></u></p> <p>Le soumissionnaire pressenti et les sous-traitants qu'il a annoncé transmettent à l'adjudicateur toutes les attestations prouvant qu'ils respectent les conditions de participation concernant :</p> <ul style="list-style-type: none"> - les dispositions relatives à la protection des travailleurs, - les conditions de travail en vigueur en Suisse, - les annonces et autorisations mentionnées dans la loi fédérale sur le travail au noir, - le paiement des impôts exigibles, - le paiement des cotisations exigibles. <p><u><i>Attestations délivrées par des moyens de contrôle :</i></u></p> <ul style="list-style-type: none"> - via l'outil Logib pour les dispositions relatives à l'égalité salariale entre femmes et hommes si 100 et plus collaboratrices et collaborateurs.
	<i>Auto-déclarations</i>	<p>Le soumissionnaire pressenti et les sous-traitants qu'il a annoncé transmettent à l'adjudicateur les auto-déclarations concernant :</p> <ul style="list-style-type: none"> - le respect des dispositions relatives à l'égalité salariale entre femmes et hommes si moins de 100 collaboratrices et collaborateurs, - le respect des prescriptions relatives à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles en vigueur au lieu de la prestation, - la non-conclusion d'accords illicites affectant la concurrence.

Moment des contrôles des conditions de participation

Situation actuelle



Situation future



L'alinéa cinq indique que le respect des conventions collectives de travail est attesté par les commissions professionnelles paritaires instituées. Ces dernières peuvent déléguer leurs tâches à des organes publics ou privés.

Il apparaît que pour les marchés dont la valeur est très peu importante, la récolte et le dépôt par le soumissionnaire de l'ensemble de ces documents peuvent s'avérer disproportionnés et avoir pour effet de le dissuader à déposer une offre. L'on pense en particulier à des achats uniques de fournitures pour des montants peu élevés, marchés pour lesquels le contrôle du respect de conditions de participation, en particulier des conditions de travail, ne revêt pas la même importance que pour le secteur de la construction. Aussi toujours dans une

perspective de simplification, l'avant-projet prévoit à son sixième alinéa que l'adjudicateur pourra décider pour les marchés de services et de fournitures dont la valeur n'atteint pas les seuils déclenchant l'utilisation de la procédure sur invitation de renoncer à exiger le dépôt des documents nécessaires à la vérification des conditions de participation et de se fonder sur le seul document officiel dûment rempli et signé par le soumissionnaire lors du dépôt de son offre. Afin de donner encore plus de flexibilité aux adjudicateurs pour ce type de marchés, l'adjudicateur a également la faculté de renoncer à exiger le document officiel, et les documents servant au contrôle des conditions de participation. Ces possibilités ne s'appliquent pas aux marchés de construction. Pour ces derniers, l'adjudicateur devra quel que soit le montant de la prestation opérer un contrôle de toutes les conditions de participation. Quant à la notion de marché de peu d'importance, elle sera fixée par le Conseil d'Etat dans l'ordonnance.

Enfin, l'alinéa sept demande aux adjudicateurs de transmettre de manière systématique le procès-verbal d'ouverture des offres aux soumissionnaires, aux services désignés par le Conseil d'Etat et également aux commissions professionnelles paritaires compétentes immédiatement après l'ouverture des offres. Cette obligation tend à renforcer la transparence des procédures. Elle permet aussi aux soumissionnaires d'estimer leurs chances de remporter le marché et d'organiser leurs carnets de commande en conséquence.

Art. 8 Respect des conditions de travail

Force est de constater que les discussions autour des conditions de participation se sont focalisées uniquement sur la question des conditions de travail, et plus spécifiquement sur la question de savoir quelles dispositions doivent être respectées par les entreprises soumissionnaires hors canton. Le Parlement fédéral s'est prononcé au cours de ses débats en faveur des dispositions du lieu d'exécution et a, de ce fait, abandonné une solution harmonisée avec les cantons. En effet, pour les cantons c'est le principe du lieu de provenance, contenu dans la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI), qui reste valable : le Parlement a en effet renoncé à la modifier.

Au vu de la solution finalement retenue par la législation fédérale, l'AiMp a décidé d'obtenir une expertise de la COMCO pour clarifier la question de l'admissibilité du principe du lieu d'exécution pour les conditions de travail dans le droit cantonal des marchés publics. Il ressort en substance de l'expertise délivrée par la COMCO le 21 octobre 2019⁷ que les conditions de travail applicables sont en principe celles du lieu de provenance, basé sur le postulat que les différentes conditions de travail en vigueur en Suisse sont équivalentes et que les cantons ne peuvent pas introduire de principe général du lieu d'exécution au niveau des normes cantonales. Ce n'est que dans l'application du droit dans un cas particulier que les cantons pourraient à certaines conditions demander l'application des prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution. Cela signifie que pour les soumissionnaires suisses n'ayant pas leur siège ou leur établissement en Valais, le législateur cantonal ne peut pas fixer de manière absolue dans la loi l'obligation de respecter les dispositions qui prévalent en Valais.

⁷ <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/actualites/dernieres-decisions.html>

Cela étant, les dispositions légales applicables en matière des conditions de travail sont dans l'ordre les suivantes :

Entreprises valaisannes ou entreprises UE	Entreprises hors cantons
1. la totalité des dispositions de force obligatoire des conventions collectives de travail ou les dispositions d'un contrat-type de travail prévoyant des salaires minimaux impératifs au lieu d'exécution	1. la totalité des dispositions de force obligatoire des conventions collectives de travail ou les dispositions d'un contrat-type de travail prévoyant des salaires minimaux impératifs, au lieu du siège ou d'établissement
2. à défaut, les dispositions normatives des conventions collectives de travail non étendues ou les dispositions d'un contrat-type de travail ordinaire au lieu d'exécution	2. à défaut, les dispositions normatives des conventions collectives de travail non étendues auxquelles ils sont liées ou les dispositions d'un contrat-type de travail ordinaire, au lieu du siège ou d'établissement
3. à défaut, les salaires usuels au lieu d'exécution	3. à défaut, la totalité des dispositions de force obligatoire des conventions collectives de travail ou les dispositions d'un contrat-type de travail prévoyant des salaires minimaux impératifs, au lieu d'exécution
	4. à défaut, les dispositions normatives des conventions collectives de travail ou les dispositions d'un contrat-type de travail ordinaire, au lieu d'exécution
	5. à défaut, les salaires usuels au lieu d'exécution

L'article réglant le respect des conditions de travail s'inscrit en conséquence dans le cadre légal présenté ci-dessus. Ainsi, à l'alinéa premier et à l'alinéa deux, il est rappelé quelles dispositions en ce qui concerne la protection des travailleurs et les conditions de travail doivent être respectées par un soumissionnaire valaisan de même que par un soumissionnaire hors canton, et dans quel ordre.

L'alinéa trois prévoit que l'adjudicateur doit veiller à ce que l'offre du soumissionnaire pressenti ne constitue pas une sous-enchère salariale vis-à-vis des conditions de rémunération du lieu d'exécution. Bien que les conditions salariales et sociales soient en principe réputées équivalentes en Suisse, si des différences régionales significatives devaient être observées, au-dessus d'un certain pourcentage, qui varie d'une branche économique à l'autre, l'offre doit être écartée. L'examen doit porter sur des situations particulières et ne saurait en aucun cas faire l'objet d'une règle générale.

L'alinéa quatre concerne la situation des soumissionnaires étrangers. Pour ces derniers, c'est la loi fédérale sur les travailleurs détachés du 8 octobre 1999 qui détermine quelles conditions minimales de travail et de salaire ils doivent garantir lors de l'exécution de travaux et de prestations en Suisse. Concrètement, un soumissionnaire étranger qui exécute sa prestation en Valais sera tenu de respecter les dispositions en vigueur dans notre canton.

Art. 9 Listes au sens de l'article 26 alinéa 2 AIMP

L'alinéa premier constitue la base légale conférant exclusivement au canton la faculté d'établir des listes d'entreprises et de prestataires qui respectent les conditions de participation, ce en collaboration avec les commissions professionnelles paritaires, et d'autres institutions et organisations impliquées. Ces listes porteront à terme sur toutes les conditions de participation fixées dans l'AIMP 2019, comme notamment l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes ou la protection de l'environnement, et non pas uniquement sur la protection des travailleurs et les conditions de travail. Elles pourront être constituées séparément par condition de participation. Une liste pourrait être établie par exemple uniquement en relation avec la condition du respect des dispositions relatives à l'égalité salariale entre femmes et hommes. Une liste pourrait également porter sur le respect de plusieurs conditions de participation. De telles listes visent à réduire la charge administrative des soumissionnaires ainsi qu'à simplifier le contrôle du soumissionnaire pressenti par les adjudicateurs. Cependant, pour être fiables, de telles listes doivent garantir que les entreprises et prestataires continuent à respecter les conditions après leur inscription : une procédure de contrôle devra dès lors être prévue (al. 2). Ces listes s'appliqueront à l'ensemble des adjudicateurs du canton (al. 3).

L'article 19 alinéa 2 lettre b de l'avant-projet confère au Conseil d'Etat la compétence de fixer les conditions et la procédure d'inscription sur ces listes de même que la procédure de contrôle des entreprises et prestataires déjà inscrits sur de telles listes.

Art. 10 Sous-traitance

Cet article répond également à une préoccupation de la commission. Selon la commission, un soumissionnaire qui aurait l'intention de sous-traiter certaines prestations devrait l'indiquer déjà lors du dépôt de son offre, sous peine ne plus pouvoir le faire au stade de l'exécution. Le sous-traitant n'étant pas toujours connu lors du dépôt de l'offre, la commission suggère que le soumissionnaire annonce un « panel » de sous-traitants potentiels de manière à ce que ces derniers puissent être contrôlés. Du côté de l'adjudicateur, celui-ci devrait clairement mentionner s'il entend autoriser ou non le recours à la sous-traitance. Ces propositions ont été reprises dans l'avant-projet.

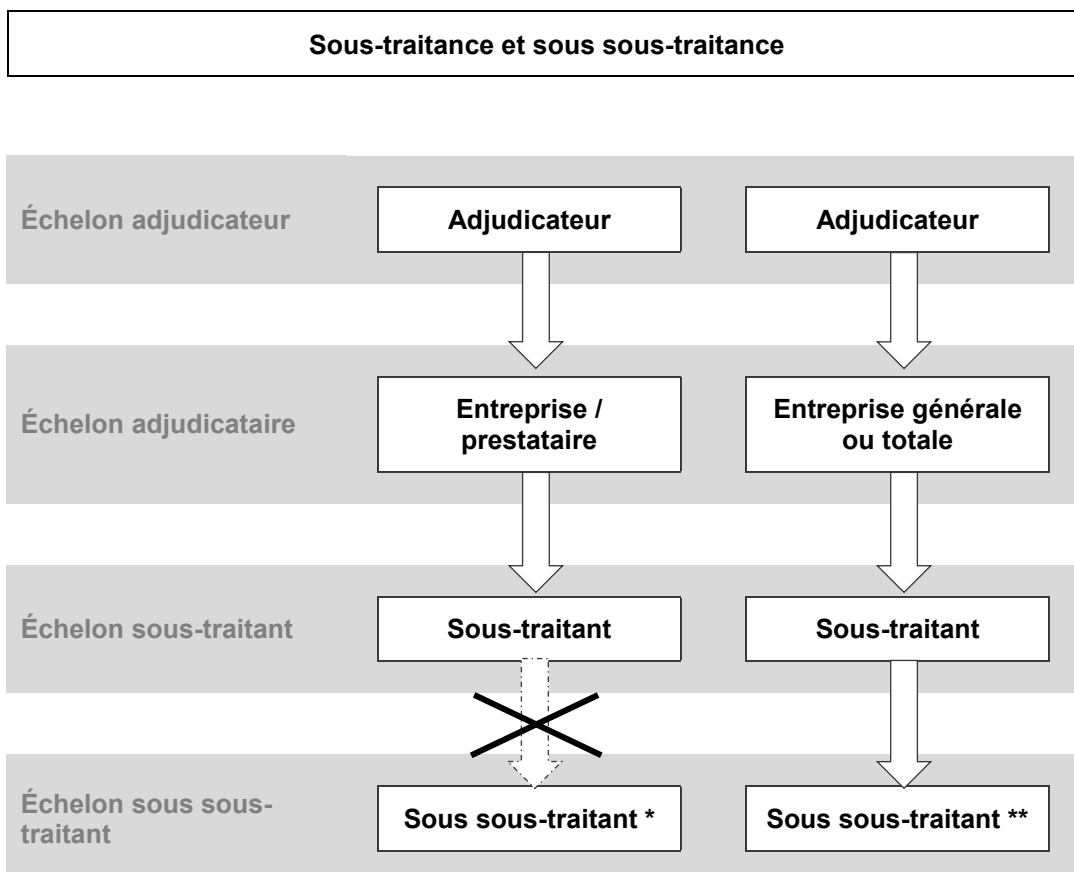
Ainsi, à l'alinéa premier, il est rappelé qu'un adjudicateur peut limiter ou exclure le recours à des sous-traitants. S'il choisit de le faire, il doit le mentionner dans l'appel d'offres public ou l'invitation. L'alinéa deux fixe le principe selon lequel le soumissionnaire doit annoncer lors du dépôt de son offre le type et la part des prestations qu'il envisage de sous-traiter ainsi que le nom et le siège ou l'établissement de tous les sous-traitants susceptibles d'être impliqués dans la réalisation des prestations. Cette obligation vaut également pour les entreprises générales ou totales. L'annonce par le soumissionnaire de ses sous-traitants potentiels permettra à l'adjudicateur de les contrôler, en particulier au regard des exigences relatives aux conditions de participation avec pour conséquence que le soumissionnaire sera exclu de la procédure d'adjudication si l'un des sous-traitants annoncé ne remplit pas ces conditions, voire les critères d'aptitude (al. 3). Comme déjà mentionné ci-dessus⁸, le régime instauré permet de répercuter sur le soumissionnaire un motif d'exclusion imputable à l'un de ses sous-traitants. Avant l'exécution des prestations, l'adjudicataire doit annoncer par écrit

⁸ Cf. point III, 3.3

à l'adjudicateur le quel ou lesquels des sous-traitants annoncés participeront à l'exécution (al. 4).

L'alinéa 5 interdit la sous sous-traitance (ou sous-traitance en cascade) : un sous-traitant ne peut à son tour sous-traiter, sauf si des circonstances exceptionnelles liées à des raisons techniques ou organisationnelles conduisent l'adjudicateur à l'autoriser dans l'appel d'offres public ou l'invitation. Les entreprises générales ou totales entrent dans ce cas de figure. Si des prestations sont réalisées par des sous-traitants non indiqués lors du dépôt de l'offre, et par conséquent non contrôlés, l'adjudicateur pourra suspendre immédiatement les travaux réalisés par cette entreprise sur le chantier en question (al. 6). Enfin, le fait que le soumissionnaire exécute lui-même la totalité des prestations peut être pris en considération lors de l'évaluation des offres si l'adjudicateur en a fait un critère d'adjudication (al. 7). Il est à noter qu'il pourrait également combiner ce critère d'adjudication avec la fixation de limitations pas trop restrictives s'agissant du recours à des sous-traitants.

Ces dispositions sont applicables à tous les types de marchés, et pas seulement aux marchés de construction. En effet, les marchés de services sont également concernés par la problématique de la sous-traitance, bien que sous une forme différente, les prestations pouvant être effectuées « cachées » par une entreprise tierce, sise n'importe où dans le monde. Il est à noter que pour les marchés de services, un contrôle de l'aptitude des soumissionnaires, respectivement du nombre de personnes employées par les soumissionnaires, se révélera souvent une mesure efficace pour lutter contre de telles pratiques.



* Principe: Interdiction de sous sous-traiter. Exception si autorisé dans cas exceptionnels par l'adjudicateur.

** Exception prévue par la loi.

Art. 11 Main d'œuvre temporaire

Dans le cadre de ses travaux, la commission s'est aussi penchée sur la question de l'utilisation de main d'œuvre temporaire par les soumissionnaires et a demandé au SJAE de l'examiner.

L'expérience des quelques rares cantons, en particulier le canton de Genève ou du Tessin, ayant introduit dans leur législation sur les marchés publics une disposition limitant le recours à la main d'œuvre temporaire, a démontré la difficulté de respecter certains principes juridiques fondamentaux, comme celui de la proportionnalité de la restriction.

L'intérêt de l'adjudicateur à ce que les travaux soient confiés à des personnes disposant d'une formation professionnelle suffisante, mais aussi formées en matière de sécurité et santé sur les chantiers ne saurait être dénié. Pour ce motif, il est proposé d'introduire un article dans l'avant-projet de loi d'adhésion rappelant à l'adjudicateur qu'il a la possibilité de limiter ou d'exclure dans l'appel d'offres public, l'invitation ou les documents de l'appel d'offres le recours à la main d'œuvre temporaire. Cette disposition suit la même systématique que celle concernant les communautés de soumissionnaires ou les sous-traitants (art. 31 AIMP 2019, art. 10 avant-projet). Pour rester dans le cadre de l'AIMP 2019, ce choix est conféré à l'adjudicateur qui peut la limiter ou l'exclure. S'il entend la limiter, il devra fixer la

limite de travailleurs temporaires admissibles pour l'exécution du marché (al. 1). Dans l'hypothèse où l'adjudicateur limite ou interdit la main d'œuvre temporaire, le soumissionnaire devra pouvoir démontrer lors du dépôt de son offre que lui-même et chacun de ses sous-traitants éventuels seront en mesure de respecter cette exigence en cas d'adjudication du marché. Le non-respect de cette exigence conduit à l'exclusion du soumissionnaire (al. 2). Pour garantir le respect de cette exigence lors de l'exécution des prestations, l'adjudicateur indique dans l'appel d'offres quelles peines conventionnelles l'adjudicataire est susceptible d'encourir en cas de non-respect (al. 3). L'adjudicateur, de même que l'inspection cantonale de l'emploi peuvent opérer des contrôles et, en cas de violation des exigences fixées, l'adjudicateur a la faculté de mettre en œuvre les peines conventionnelles prévues (al. 4 et 5). Tout comme en ce qui concerne la sous-traitance, l'adjudicateur peut décider d'utiliser la proportion du recours de la main d'œuvre temporaire comme critère d'adjudication ou de combiner un tel critère d'adjudication avec des limites de travailleurs temporaires plus élevées (al. 6).

Art. 12 Listes au sens de l'article 28 AIMP

Cet article repose sur l'article 28 AIMP 2019. Il confère au canton la faculté de créer des listes portant sur l'aptitude dans le but d'en faciliter le contrôle. Pour les critères d'aptitude que les adjudicateurs pourraient fixer principalement en lien avec la formation professionnelle, pour autant bien sûr que leurs exigences en la matière correspondent avec celles permettant l'inscription sur une liste professionnelle, les adjudicateurs pourront s'appuyer sur des listes de soumissionnaires qualifiés. Il va de soi que de telles listes pour être efficaces se doivent d'être à jour. Enfin, il est à noter que l'AIMP 2019 prescrit de publier ces listes également sur la plateforme internet de la Confédération et des cantons, plus particulièrement leur source, les informations sur les critères à remplir, les méthodes de vérification et conditions d'inscription sur les listes ainsi que la durée de validité et la procédure pour le renouvellement de l'inscription.

Ainsi, l'avant-projet confère exclusivement au canton, en collaboration avec les associations professionnelles, la faculté de tenir des listes de soumissionnaires qualifiés, sur lesquelles pourront s'appuyer tous les adjudicateurs (al. 1). Les exigences d'inscription sur ces listes seront définies au niveau de l'ordonnance par le Conseil d'Etat (al. 2). Ces listes s'appliqueront à l'ensemble des adjudicateurs du canton (al. 3).

Art. 13 Exigence de qualité minimale

Cet article a été introduit dans l'avant-projet pour contrer le rôle trop grand que le critère prix revêt au final dans la pratique. Il vise ainsi à renforcer l'importance des critères d'adjudication en lien avec la qualité et donne la possibilité à l'adjudicateur d'exclure de la procédure une offre qui n'atteindrait pas un niveau minimal de qualité. L'appel d'offres public, l'invitation ou les documents d'appel d'offres devront mentionner la note minimale à atteindre. On cherche par cette disposition à éviter qu'un soumissionnaire ne se voie attribuer un marché en présentant une offre très basse, voire extrêmement basse, mais qui devrait néanmoins être prise en compte lors de l'évaluation, sans que la qualité ne satisfasse à la qualité minimale attendue.

Art. 14 Notification et publication des décisions d'adjudication

Outre l'indication du type de procédure d'adjudication utilisée, du nom du soumissionnaire retenu, du prix total de son offre, des caractéristiques et avantages décisifs de cette dernière et, dans le cadre d'une procédure de gré à gré, des motifs permettant son utilisation (ces exigences sont énumérées à l'art. 51 al. 3 AIMP 2019), deux indications complémentaires doivent figurer dans la décision d'adjudication. Ce sont d'une part la liste des sous-traitants susceptibles de participer à l'exécution du marché et, d'autre part, l'indication relative à

l'exclusion ou la limitation du nombre de travailleurs temporaires. C'est ce qu'énonce l'alinéa premier de l'avant-projet.

Quant à la notification des décisions d'adjudication, elle s'effectuera de manière individuelle, une notification par voie de publication dans un organe officiel n'étant pas appropriée. De plus, il est requis des adjudicateurs qu'ils communiquent au canton leurs décisions d'adjudication, simultanément à la notification (al. 2). L'indication dans les décisions d'adjudication de la liste des sous-traitants potentiels ainsi que de l'exclusion ou de la limitation du nombre de travailleurs temporaires permettront aux services de l'Etat, on pense ici en particulier à l'inspection cantonale de l'emploi, d'être en possession de toutes les informations nécessaires lors des contrôles sur les chantiers.

Toutes les décisions d'adjudication, y compris les décisions prises dans le cadre d'une procédure sur invitation et celles prises dans le cadre d'un marché national passé selon la procédure de gré à gré au sens de l'article 21 alinéa 2 AIMP 2019, devront être publiées pour assurer la transparence des procédures menées. La législation actuelle le prévoit déjà. La publication doit intervenir non plus dans les 72 jours après l'adjudication du marché mais désormais au plus tard 30 jours après l'adjudication comme fixé dans l'AIMP 2019 pour les marchés internationaux (al. 3). Le support de publication pour les décisions d'adjudication prises selon la procédure sur invitation et celles prises selon la procédure de gré à gré au sens de l'article 21 alinéa 2 AIMP 2019 dans le cadre d'un marché national sera fixé dans l'ordonnance. De même, la détermination des décisions devant être publiées dans le Bulletin officiel du canton en plus de la plateforme www.simap.ch s'effectuera au niveau de l'ordonnance. Il sera ainsi possible de s'adapter aux modifications qui surviendront à relativement brève échéance, en lien notamment avec le développement d'une nouvelle plateforme de publication nationale destinée à remplacer la plateforme actuelle www.simap.ch.

Vue d'ensemble des publications prévues par l'AIMP 2019

	Appel d'offres public ; demande de participation	Décision d'interruption	Décision d'adjudication
--	---	--------------------------------	--------------------------------

Marchés internationaux			
Procédure ouverte	Simap	Simap	Simap
Procédure sélective	Simap	Simap	Simap
Gré à gré art. 21 al. 2 AIMP 2019	-	-	Simap

Marchés nationaux			
Procédure ouverte	Simap	Simap	Simap
Procédure sélective	Simap	Simap	Simap
Gré à gré art. 21 al. 2 AIMP 2019	-	-	Rien de prévu dans AIMP 2019*
Procédure sur invitation	-	-	Rien de prévu dans AIMP 2019**

* Le Conseil d'Etat doit fixer l'organe de publication dans l'ordonnance. Il est pensé au simap.

** Le Conseil d'Etat doit fixer l'organe de publication dans l'ordonnance. Il est pensé au BO.

NB : Les cantons restent libres de prévoir des organes de publication supplémentaires.

Art. 15 Réduction des délais de remise des offres

L'article 46 alinéa 4 AIMP 2019 se limite à prévoir pour les marchés non soumis aux accords internationaux que « *Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, le délai de remise des offres est en général d'au moins 20 jours. Dans les cas de prestations largement standardisées, il peut être réduit à 5 jours au minimum* ». Force est de constater que certaines situations pour les marchés non soumis aux accords internationaux nécessitent également de prévoir un délai de remise des offres réduit. Aussi, l'avant-projet prévoit que l'adjudicateur peut réduire le délai de 20 jours jusqu'à 10 jours d'une part en cas d'urgence dûment établie et, d'autre part, lorsqu'il acquiert des prestations nécessaires périodiquement et qu'il a annoncé cette réduction de délai dans un précédent appel d'offres public ou une précédente invitation.

Art. 16 Voies de droit

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 à son alinéa premier 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.

2. Surveillance

Art. 17 Autorité de surveillance

L'alinéa premier désigne le Conseil d'Etat comme autorité de surveillance pour l'application des dispositions sur les marchés publics. L'alinéa deux rappelle que le Conseil d'Etat a la compétence d'édicter des instructions lorsqu'un adjudicateur a contrevenu aux dispositions sur les marchés publics (cf. art. 45, al. 4 AIMP 2019). Il doit aussi se charger d'en assurer le respect.

Art. 18 Contrôles des procédures marchés publics

L'autocontrôle constitue le fondement du contrôle des procédures marchés publics. Selon ce système, déjà en place dans notre canton depuis 2012, la responsabilité 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. Le principe en est posé à l'alinéa premier. Les modalités, comme par exemple le fait que les contrôles doivent être effectués au fur et à mesure de l'avancée de la procédure et être consignés par écrit, seront réglées au niveau de l'ordonnance. Le deuxième alinéa indique que l'organe étatique est libre dans le choix et la manière mener ses investigations dans le cadre de ses contrôles. Il peut par exemple procéder à des enquêtes, à des auditions, faire appel à des experts en cas de besoin. L'obligation de l'adjudicateur contrôlé de transmettre toutes les pièces et renseignements utiles est expressément mentionnée de même qu'au troisième alinéa l'obligation de collaborer. Enfin, un rapport sur les résultats des contrôles effectués sera rédigé chaque année et publié par le Conseil d'Etat (al. 4).

Les contrôles opérés par l'organe de contrôle étatique ont pour finalité de vérifier si les dispositions légales ont été appliquées correctement et de pouvoir détecter les éventuelles insuffisances ou violations. Dans cette dernière hypothèse, des recommandations sont formulées dans les rapports de contrôle établis à l'attention des adjudicateurs contrôlés pour leur permettre de remédier aux problèmes identifiés et d'appliquer correctement les dispositions légales lors de leurs prochaines procédures. Si l'organe de contrôle étatique constate lors de ses contrôles des dysfonctionnements, des violations répétées ou graves des dispositions sur les marchés publics, il en informera le Conseil d'Etat. Celui-ci en sa qualité d'autorité de surveillance pourra ordonner des mesures contraignantes.

3. Dispositions finales

Art. 19 Dispositions d'exécution

L'article 19 contient les dispositions d'exécution. Cet article confère au Conseil d'Etat la compétence d'édicter par voie d'ordonnance toutes les prescriptions utiles en vue de l'exécution de l'AIMP et de la loi d'adhésion (al. 1). Le Conseil d'Etat pourra en particulier fixer les modalités des procédures de concours et de mandats d'étude parallèles ainsi que celles de l'autocontrôle et du contrôle des procédures d'adjudication. Il pourra également prévoir d'éventuelles exigences supplémentaires relatives au contenu, à la notification et à la publication des décisions. Le Conseil d'Etat pourra en outre régler les conditions et la procédure d'inscription sur les listes d'entreprises et de prestataires qui respectent les conditions de participation ainsi que sur les listes d'entreprises et de prestataires qualifiés de même que les procédures permettant de contrôler les entreprises et prestataires inscrits (al. 2). Enfin, le Conseil d'Etat désignera toutes les autorités compétentes pour l'application, comme les services qui seront en charge de conseiller et d'informer les adjudicateurs, des contrôles des procédures marchés publics ou ceux en charge de la tenue des listes (al. 3). Le Conseil d'Etat pourra émettre des recommandations à l'intention des adjudicateurs sur des points jugés importants, comme l'utilisation des critères d'adjudication et leur pondération (al. 4). Enfin, le Conseil d'Etat consultera au préalable les partenaires concernés avant toute modification notoire des dispositions d'exécution. Cette obligation a été introduite dans l'avant-projet à la demande de la commission (al. 5).

Au vu de l'article 41 de la loi sur l'organisation des conseils et les rapports entre les pouvoirs du 28 mars 1996, la loi d'adhésion est soumise au référendum facultatif. Le Conseil d'Etat fixera sa date d'entrée en vigueur et la loi concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 8 mai 2003 sera abrogée.

V. Incidences financières et en personnel

Cet avant-projet de loi n'a pas d'incidences financières et en personnel pour le canton.
