



**Guide
sur l'attribution de concessions par voie
d'appel d'offres dans le domaine des
feuilles officielles d'avis**

Berne, le 1^{er} novembre 2010

Impressum

Editeur: Office des affaires communales et de l'organisation du territoire
Rédaction et conception: Walter Streit, avocat, Berne
Katalin Hunyady, Office des affaires communales et de l'organisation du territoire

Consultation /
téléchargement: <http://www.be.ch/oacot/> → «Communes» → «Feuilles officielles d'avis»

Berne, le 1^{er} novembre 2010

© Office des affaires communales et de l'organisation du territoire

Table des matières

1.	Contexte et objet du guide	1
1.1	Modèle de l'éditeur.....	2
1.2	Modèle de la concession	2
2.	Bases légales et principes de l'attribution de concessions par voie d'appel d'offres	3
3.	Durée de la concession.....	5
4.	Remarques et recommandations pour les procédures d'appel d'offres	5
4.1	Type de procédure.....	5
4.2	Publication	6
4.3	Appel d'offres et dossier	6
4.3.1	Contenu de l'appel d'offres	6
4.3.2	Dossier d'appel d'offres	7
4.4	Réponse aux questions	8
4.5	Délai de dépôt et ouverture de l'offre.....	8
4.6	Séances de présentation et d'explications; négociations de prix.....	9
4.6.1	Séances de présentation et d'explications.....	9
4.6.2	Adjudications au «moins-disant»	9
4.7	Critères d'aptitude et critères d'adjudication	9
4.7.1	Critères d'aptitude.....	10
4.7.2	Critères d'adjudication	10
4.8	Contenu et validité des offres	11
4.9	Voies de recours et effet suspensif.....	12
4.9.1	Droit procédural applicable	12
4.9.2	Décision	12
4.9.3	Voies de droit.....	12
4.9.4	Motifs de recours et délai.....	12
4.9.5	Effet du recours.....	13
5.	Annexe: Modèle d'attribution de concession par voie d'appel d'offres.....	14

Guide sur l'attribution de concessions par voie d'appel d'offres dans le domaine des feuilles officielles d'avis

Depuis sa modification, entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2010, la loi sur les communes (LCo)¹ contient de nouvelles dispositions sur les feuilles officielles d'avis qui remplacent les anciennes prescriptions de la loi sur les publications officielles (LPO)² et de l'ordonnance sur les feuilles officielles d'avis des districts (OFOA)³. Les nouvelles dispositions (art. 49b à 49h LCo) accordent aux communes davantage de responsabilités ainsi qu'une plus grande marge de manœuvre. Ainsi, la reconnaissance par le canton des feuilles officielles d'avis et la surveillance que celui-ci exerce en vertu de lois spéciales sont abandonnées. La plus large autonomie des communes est liée à la possibilité de développer des coopérations plus poussées. A l'avenir, l'octroi de concessions pourrait acquérir une importance accrue. Le présent guide doit permettre de faciliter l'attribution par les communes de concessions par voie d'appel d'offres dans le domaine des feuilles officielles d'avis.

1. Contexte et objet du guide

La publication des feuilles officielles d'avis incombe aux communes municipales et aux communes mixtes (art. 49b, al. 1 LCo), qui peuvent se regrouper, dans l'intérêt d'un accomplissement rationnel des tâches, en syndicats de communes, personnes morales de droit privé ou sur une base purement contractuelle. Conformément à l'organisation décentralisée de l'administration, valable jusqu'à fin 2009, il existait en règle générale une feuille officielle d'avis par district. En vue de la réforme de l'administration cantonale décentralisée, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, les communes s'étaient déjà vu offrir la possibilité de conserver les structures des feuilles officielles d'avis existantes (organisées en fonction des districts) ou de se regrouper en de plus grandes communautés de feuilles d'avis au sein des régions administratives en vue de la publication d'une feuille officielle commune (voir l'ISCB n°1/103.2/1.1 du 24 novembre 2006 et l'art. 49c, al. 4 LCo). Il convient de tenir compte des prescriptions déterminantes de droit communal lors de la constitution de telles communautés de feuilles officielles (art. 5 ss LCo), mais il n'est pas nécessaire de mener une procédure d'appel d'offres ou d'adjudication.

En matière de publication des feuilles d'avis, les communes disposent d'un **monopole**. Libres à elles ou aux communautés de feuilles d'avis de décider si elles entendent l'exploiter elles-mêmes et devenir éditrices de leur feuille d'avis (modèle dit de l'éditeur) ou si elles souhaitent transférer l'exploitation de ce monopole à un tiers (modèle dit de la concession).

¹ Loi du 18 mars 1998 sur les communes, RSB 170.11; modification du 24 mars 2010, publiée dans le Recueil officiel des lois bernoises (ROB 10-75 du 20 octobre 2010)

² Loi du 18 janvier 1993 sur les publications officielles, RSB 103.1

³ Ordonnance du 11 août 1993 sur les feuilles officielles d'avis des districts, RSB 103.21

1.1 Modèle de l'éditeur

Si les communes ou les communautés de feuilles d'avis publient la feuille officielle d'avis sous leur propre responsabilité et à leurs frais, elles doivent disposer au minimum d'une administration et d'un organe qui organise et coordonne la fabrication et la distribution. Il est possible de mandater des tiers, sur la base de contrats de prestations, qui assumeront une ou plusieurs *tâches partielles* (administration des annonces, préimpression, impression, distribution). Dans ce cas, le choix des entreprises est soumis aux prescriptions du droit des marchés publics⁴ et s'effectue dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ouverte ou sélective (à deux phases), dans la mesure où les valeurs seuils⁵ prévues par le droit des marchés publics sont atteintes.

Le présent guide n'étudie pas de plus près le modèle de l'éditeur et les questions de droit des marchés publics qui s'y rapportent mais renvoie au guide et aux outils de travail rédigés à ce sujet par la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie du canton de Berne (TTE), qui sont disponibles sur Internet.⁶

1.2 Modèle de la concession

Si les communes ne sont pas elles-mêmes éditrices de leur feuille d'avis, mais qu'elles transfèrent ce monopole et la responsabilité globale à un tiers, elles doivent accorder une concession. Selon la doctrine dominante et la jurisprudence, *il ne s'agit pas* là d'un marché public⁷, mais bien d'un acte juridique soumis à la loi sur le marché intérieur (LMI)⁸, pour autant que la concession soit octroyée à une personne privée. L'article 2, alinéa 7 LMI prévoit que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres, **indépendamment** du fait qu'une valeur de marché ou une **valeur seuil précise relevant du droit sur les marchés publics** soit atteinte.⁹

⁴ Ce sont avant tout la loi du 11 juin 2002 sur les marchés publics (LCMP; RSB 731.2) et l'ordonnance du 16 octobre 2002 sur les marchés publics (OCMP; RSB 731.21) qui sont déterminantes.

⁵ Il y a lieu de mener une procédure ouverte ou sélective si la valeur estimée du mandat atteint 200 000 francs (art. 5, al. 1, lit. a LCMP; pour calculer la valeur du marché, cf. art. 3, al. 3 OCMP).

⁶ Voir à ce sujet le Guide pour l'adjudication de marchés publics dans le canton de Berne, publié par la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie (TTE): http://www.bve.be.ch/bve/fr/index/direktion/ueber-die-direktion/dossiers/oeffentliches_beschaffungswesen.assetref/content/dam/documents/BVE/GS/fr/GS_Besch_pub_guide.pdf

⁷ Cf. ATF 125 I 209 ss, cons. 6b; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1^{er} volume: Landesrecht, 2^e édition 2007, chiffres marginaux 108 ss avec commentaires. L'absence de caractère de marché est mise en relation avec le fait que la collectivité n'acquiert aucune prestation mais, à l'inverse, remet à un concessionnaire les prestations qu'il lui incombe d'assumer en tant que détentrice d'un monopole. Dans la doctrine, l'opinion répandue est cependant que les prescriptions du droit des marchés publics devraient être appliquées lorsque la collectivité verse des indemnités ou des dédommagements pour l'octroi d'une concession, cf. THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: COTTIER/OESCH (éd.), Allg. Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, SBVR, volume XI, 2^e éd. 2007, chap. J, ch. marg. 127 s.; DANIEL KUNZ, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, thèse soutenue à Berne en 2004, p. 170 ss avec commentaires.

⁸ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI), RS 943.02.

⁹ Un appel d'offres n'est pas nécessaire si la publication de la feuille officielle d'avis est transférée non pas à une personne privée mais à une collectivité de droit public (p. ex. une commune ou un syndicat de communes).

Le présent guide s'intéresse de plus près au modèle de la concession et contient des remarques, des conseils et des commentaires d'ordre général dont il faut tenir compte lors de telles procédures d'appel d'offres. Il s'agit à cet égard d'être conscient du fait que les conditions générales peuvent fortement varier en fonction de la région et de la composition des communautés de feuilles d'avis, en particulier en ce qui concerne le marché des annonces. Ainsi, les éditeurs d'une feuille officielle d'avis (concessionnaires) situés dans des régions où le marché des annonces est très florissant paieront en règle générale aux communes des redevances de concession importantes pour le transfert du monopole alors que les concessionnaires des régions où les annonces sont rares ne peuvent pas financer eux-mêmes les coûts d'édition, de fabrication et de distribution, de sorte que les communes paient pour leurs publications officielles et/ou assument les frais de distribution. Lors de la planification et de la mise en œuvre de procédures d'appel d'offres, il est donc toujours indispensable de procéder à une évaluation des conditions concrètes (du marché) sur la base desquelles les documents de l'appel d'offres doivent être pondérés.

2. Bases légales et principes de l'attribution de concessions par voie d'appel d'offres

L'article 2, alinéa 7 LMI entré en vigueur le 1^{er} juin 2006 prévoit que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. Cette disposition ne contient pas de prescriptions plus précises sur les modalités de la procédure d'appel d'offres. A cet égard, les collectivités qui sont tenues de lancer un appel d'offres peuvent faire appel à leur libre appréciation mais doivent respecter les principes de l'Etat de droit que sont l'égalité de traitement, la non-discrimination, l'objectivité et la transparence:

↳ Le *principe de l'égalité de traitement* exige que toutes les parties intéressées se voient accorder les mêmes chances lors d'une procédure d'appel d'offres. Vu qu'en cas de nouvel appel d'offres, l'actuel concessionnaire est habituellement avantagé en termes d'informations, il convient de s'assurer que la totalité des parties intéressées aient accès à des renseignements aussi complets que possible (par l'intermédiaire d'indications fournies dans le dossier d'appel d'offres ou dans une documentation distincte). Dans ce contexte, il s'agit de veiller strictement à ce que l'actuel concessionnaire ne participe pas à la préparation et à la mise en œuvre de la procédure d'appel d'offres et n'obtienne aucun avantage concurrentiel illicite, sans quoi il devrait être considéré comme préimpliqué et exclu de la procédure.¹⁰

¹⁰ Au sujet de la problématique de la préimplification, cf. CHRISTOPH JÄGER, *Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsverfahren*, thèse, Berne, 2009.

- ↳ Du principe de l'égalité de traitement découle celui de *l'objectivité*. Afin de garantir une évaluation objective des offres, il convient de disposer de critères d'aptitude et d'adjudication objectifs, c'est-à-dire adaptés à la tâche qui fait l'objet de l'appel d'offres.
- ↳ En vertu du *principe de la non-discrimination*, qui est apparenté aux principes d'égalité de traitement et d'objectivité, les parties qui ne sont pas domiciliées dans le lieu concerné ne peuvent pas être exclues de la procédure d'appel d'offres, ni désavantagées d'une quelconque façon. Une certaine «protection liée à la distance» admissible s'établit cependant du fait des délais de production. Afin que les nouvelles publiées conservent leur actualité, seule une période limitée peut être prévue entre le délai d'insertion des annonces et la remise des feuilles officielles d'avis, ce qui exclut pratiquement qu'elles soient imprimées par une entreprise géographiquement très éloignée et transportées sur de longues distances jusqu'à leur zone de distribution.
- ↳ Le *principe de la transparence* implique enfin que toutes les entreprises intéressées puissent avoir connaissance de la procédure d'appel d'offres (devoir de publication). En outre, l'ensemble des aspects présentant de l'importance du point de vue de la procédure doivent être énoncés au début de celle-ci, soit au stade de l'appel d'offres ou de l'élaboration du dossier d'appel d'offres; les règles du jeu contraignantes doivent être connues de tous les acteurs du marché. Cela s'applique en particulier au type de procédure, au déroulement de celle-ci, aux critères d'aptitude ainsi qu'à la pondération des critères d'adjudication.

Au-delà de ces quelques principes propres à l'appel d'offres, il convient de veiller au respect d'autres principes constitutionnels que sont l'interdiction de l'arbitraire, la proportionnalité, la confiance et le droit d'être entendu (art. 5, 8, 9 et 29 de la Constitution fédérale, Cst.)¹¹.

Afin de garantir une procédure d'appel d'offres correcte du point de vue de l'Etat de droit, mais aussi dans l'intérêt de la sécurité du droit et de la transparence, une application **par analogie**¹² des **dispositions relatives à l'adjudication** qui sont ancrées dans la loi sur les marchés publics (LCMP) et dans l'ordonnance y relative (OCMP) s'impose, une mention expresse à ce sujet dans les documents de l'appel d'offres étant indispensable. En revanche, une applicabilité directe des dispositions régissant les marchés publics n'est pas admissible puisque, comme exposé, il n'existe aucun état de fait au sens du droit sur les marchés publics et que cette législation contient des dispositions procédurales spéciales qui dérogent à la loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA)¹³ (p. ex. s'agissant des délais de contesta-

¹¹ Constitution fédérale du 18 décembre 1998, RS 101.

¹² L'application par analogie des règles sur l'adjudication de marchés publics est également recommandée dans le message sur la révision de la LCMP (FF 2005 p. 441 s) et dans la doctrine, cf. UHLMANN/HÄSLER, Gutachten zuhanden des Amtes für Gemeinden und Raumordnung betreffend Amtsanzeiger, Zurich 2008, ch. marg. 104 ss, p. 38 s.; ZWALD, op. cit., ch. marg. 60.

¹³ Loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives, RSB 155.21

tion, de l'effet suspensif des recours ainsi que des motifs de recours). Si un appel d'offres public est réalisé en l'absence d'un marché public, la procédure est alors régie par loi sur la procédure et la juridiction administratives. Il y a lieu par ailleurs de respecter, le cas échéant, des dispositions communales sur l'attribution de concessions par voie d'appel d'offres¹⁴, dans la mesure où celles-ci ne contreviennent pas aux dispositions de droit supérieur de la loi fédérale sur le marché intérieur et de la loi sur la procédure et la juridiction administratives qui s'y rapportent.

3. Durée de la concession

La loi sur le marché intérieur ne contient aucune disposition sur la fréquence de renouvellement d'une concession au moyen d'un nouvel appel d'offres. Les communes bénéficient à cet égard d'une certaine marge de manœuvre mais elles doivent tenir compte des aspects suivants:

- ↳ Dans l'intérêt de la concurrence et d'une prise en compte aussi large que possible des parties intéressées, les concessions doivent être mises au concours pour une période clairement délimitée.
- ↳ La durée de la concession doit cependant permettre au concessionnaire d'obtenir un rendement économique approprié. Plus les investissements liés à la concession sont élevés et plus la durée de la concession doit être étendue, afin que les investissements puissent être amortis sur une durée raisonnable.

En tenant compte de ces aspects mais aussi des prescriptions du droit des soumissions ainsi que des usages en la matière, une **durée de concession de cinq à dix ans au maximum** apparaît appropriée.

4. Remarques et recommandations pour les procédures d'appel d'offres

4.1 Type de procédure

Il existe en droit des soumissions les types de procédures suivants:

- la **procédure ouverte**, dans laquelle tous les soumissionnaires peuvent faire une offre sur la base d'un appel d'offres public (art. 4 OCMP);
- la **procédure sélective**, dans laquelle les soumissionnaires peuvent d'abord présenter une demande de participation sur la base d'un appel d'offres public. En fonction des critères d'aptitude, il est décidé, lors d'une première étape de sélection, quels candidats peuvent présenter une offre (art. 5 OCMP);
- la **procédure sur invitation**, dans laquelle les adjudicateurs décident quels candidats sont invités à soumissionner directement, sans publication (art. 4 LCMP);

¹⁴ C'est le cas du règlement du 30 janvier 2003 de la ville de Berne sur l'attribution de tâches publiques à des tiers et sur la conclusion de contrats de prestations (Übertragungsreglement, SSSB 152.03) et de son ordonnance d'application du 7 mai 2003 (Übertragungsverordnung, SSSB 152.031).

- la **procédure de gré à gré**, dans laquelle le marché est passé directement avec un soumissionnaire, sans appel d'offres et sans décision d'adjudication (art. 6 LCMP et art. 7 OCMP).

Dans le cas de l'attribution de concessions pour la publication de feuilles officielles d'avis, la procédure sur invitation tout comme la procédure de gré à gré n'entrent pas en ligne de compte, puisque la loi sur le marché intérieur, comme précisé, exige impérativement un appel d'offres, indépendamment d'une valeur seuil précise.

Une procédure sélective est certes envisageable, mais présente peu d'intérêt, car le cercle des soumissionnaires potentiels est de toute façon limité. Par conséquent, il est conseillé de mener une procédure ouverte.

4.2 Publication

Pour satisfaire aux exigences de la loi sur le marché intérieur, l'appel d'offres doit être publié dans un organe officiel (art. 5, al. 2 LMI), c'est-à-dire au moins dans la Feuille officielle du Jura bernois pour la procédure en français et dans l'Amtsblatt des Kantons Bern pour la procédure en allemand (cf. également l'art. 9, al. 1 OCMP et le § 10, alinéa 1 des directives d'exécution [DEMP] de l'Accord intercantonal sur les marchés publics [AIMP]).

A des fins de publicité, la publication de l'appel d'offres dans la feuille officielle d'avis concernée comme dans le système d'information électronique sur les marchés publics en Suisse (SIMAP) s'impose également.

4.3 Appel d'offres et dossier

4.3.1 Contenu de l'appel d'offres

Par analogie avec les prescriptions sur le droit des marchés publics, l'appel d'offres, à savoir le texte de la publication, doit contenir au minimum les indications suivantes¹⁵:

- le nom et l'adresse de l'adjudicateur ou de l'adjudicatrice;
- le type de procédure;
- l'objet et la nature de la concession;
- la durée de la concession et du contrat;
- les critères d'aptitude, pièces justificatives à l'appui;
- les critères d'adjudication pondérés;
- les conditions générales et les conditions particulières (p. ex. interdiction de la concurrence, garanties, reconnaissance du projet de contrat annexé);
- l'adresse à laquelle obtenir les documents de l'appel d'offres;
- le délai pour la remise de questions écrites;

¹⁵ Un modèle d'appel d'offres est joint au présent guide.

- le cas échéant, réserve relative à l'organisation d'une séance de présentation et d'explication ou de négociations de prix (enchères «au moins-disant»),
- l'adresse et le délai pour le dépôt des offres;
- la langue de la procédure,
- la validité des offres;
- les coordonnées d'un bureau de renseignements;
- les voies de droit.

4.3.2 Dossier d'appel d'offres

Le dossier d'appel d'offres se compose de plusieurs documents, dont:

- le document de base qui comprend une description détaillée de la prestation ainsi que le cahier des charges (cf. paragraphe suivant);
- le formulaire de déclaration spontanée qui contient des remarques sur les pièces justificatives relatives aux critères d'aptitude qui doivent être remises;
- le tarif des annonces valable au moment de la mise en adjudication;
- un schéma de calcul pour les différents coûts et recettes;
- un projet de contrat de prestations, le cas échéant;
- le texte de l'appel d'offres.

Le **document de base** contenant la description de la prestation et le cahier des charges devrait comporter des indications détaillées sur

- les bases légales applicables (directement ou par analogie),
- l'adjudicateur ou l'adjudicatrice et l'organisation,
- la conception de la feuille officielle d'avis (mode de parution, volume, format, tirage, zone de distribution),
- le tarif d'insertion des annonces en vigueur,
- les communications officielles (volume, livraison, traitement),
- les annonces et les autres publications à caractère non officiel (volume, livraison, traitement),
- le cahier des charges de l'éditeur et de l'administrateur des feuilles d'avis,
- le cahier des charges pour la préimpression,
- le cahier des charges pour l'impression,
- le cahier des charges pour la distribution,
- un site Internet, le cas échéant,
- la durée de la concession,
- le contenu et la forme des offres,
- les critères d'aptitude et d'adjudication,
- les conditions générales et les conditions particulières (concernant notamment l'interdiction de concurrence, les garanties, la reconnaissance du projet de contrat annexé),

- la langue de la procédure,
- la validité des offres,
- les délais de la procédure d'appel d'offres,
- les voies de droit.

Il est essentiel de fournir des informations détaillées si l'on veut que les candidats puissent calculer et soumettre leurs offres sur la base de données aussi fiables que possible. En outre, cette façon de procéder permet d'assurer que l'avantage en termes d'informations dont dispose inévitablement l'actuel concessionnaire soit autant que possible compensé.

Par ailleurs, au nom de l'équité, il importe que les documents de l'appel d'offres puissent être disponibles ou téléchargés électroniquement dès la date de l'adjudication.

Enfin, il est recommandé de joindre aux documents de l'appel d'offres les principaux éléments du contrat de prestations et d'exiger des soumissionnaires qu'ils accompagnent leur offre d'une déclaration attestant qu'en cas d'une adjudication de marchés, ils sont prêts à conclure un contrat avec l'adjudicateur ou l'adjudicatrice. Une telle procédure permet d'éviter des incertitudes et des discussions en vue de la conclusion du contrat de prestations.

4.4 Réponse aux questions

Vu la complexité du mandat et de la procédure d'appel d'offres, il est indiqué, dans un souci d'équité et de transparence, d'offrir aux personnes intéressées la possibilité de poser des questions par écrit dans un délai raisonnable dès la date de la publication (p. ex. dix jours).

Il convient de répondre par écrit aux questions, assez longtemps avant l'expiration du délai de dépôt, et, dans l'intérêt d'une égalité de traitement, de répondre simultanément, de manière anonymisée et sous la forme d'une liste de questions et de réponses, à l'ensemble des parties intéressées.

4.5 Délai de dépôt et ouverture de l'offre

Le délai de dépôt devrait être calculé de manière à permettre aux candidats d'étudier de manière approfondie le produit et le mandat puis de soumettre une offre sérieuse. Si l'on applique par analogie les prescriptions sur le droit des marchés publics (dans le domaine des traités internationaux), il est conseillé de prévoir un délai de dépôt de 40 jours au minimum à compter de la publication.

Les offres doivent être maintenues cachetées jusqu'au délai d'ouverture. Les soumissionnaires devraient apposer sur les enveloppes la **mention** «*Offres pour, ne pas ouvrir*». Afin de respecter le principe de transparence, il convient, lors de l'ouverture de l'offre, de dresser un procès-verbal qui contienne le nom des personnes présentes, le nom des soumissionnaires, les dates de remise de l'envoi à la Poste ainsi que l'offre de prix.

4.6 Séances de présentation et d'explications; négociations de prix

4.6.1 Séances de présentation et d'explications

Afin de commenter les offres remises et de mieux connaître les soumissionnaires, il peut être judicieux d'organiser des séances de présentation et d'explications. De telles séances, si elles ont lieu, doivent être menées avec l'ensemble des soumissionnaires afin de garantir l'égalité de droit. Le cas échéant, les explications feront l'objet d'un bref procès-verbal. Ces séances peuvent avoir lieu lors de l'examen et de l'évaluation des critères d'aptitude et des critères d'adjudication, dans la mesure où cela a été annoncé lors de l'appel d'offres.

4.6.2 Adjudications au «moins-disant»

Les adjudications dites «au moins-disant» sont des négociations sur les prix et les remises de prix. Pour des raisons d'égalité de traitement et de transparence, elles sont interdites par le *droit cantonal des soumissions* (art. 27 OCMP). Le droit des marchés publics applicable à l'administration fédérale et aux établissements fédéraux admet en revanche les négociations, pour autant que l'appel d'offres le prévoie et qu'aucune offre ne paraisse être la plus avantageuse économiquement (art. 20 de la loi fédérale sur les marchés publics [LMP]¹⁶, art. 26 de l'ordonnance sur les marchés publics [OMP]¹⁷).

Du fait de l'absence d'une applicabilité directe du droit cantonal des soumissions et de l'admissibilité de principe de telles négociations par le droit fédéral sur les marchés publics, dont le hiérarchie des normes est la même que celle de la loi sur le marché intérieur, les adjudications au «moins-disant» sont **admissibles** en vertu de la conception défendue ici, dans le cadre de l'octroi de concessions pour la publication de feuilles officielles d'avis. Cependant, cela s'applique uniquement dans la mesure où

- l'appel d'offres le prévoit;
- les offres qui ont été déposées ne laissent pas transparaître clairement laquelle d'entre elles est la plus avantageuse économiquement ou la plus appropriée ;
- des négociations sont menées avec tous les soumissionnaires qui entrent en ligne de compte pour l'adjudication;
- les résultats de chaque négociation sont consignés dans un procès-verbal distinct que toutes les personnes présentes doivent signer;
- aucune indication sur des offres concurrentes n'est fournie aux soumissionnaires jusqu'à l'adjudication.

4.7 Critères d'aptitude et critères d'adjudication

S'agissant de la fixation et de la pondération des critères d'aptitude et des critères d'adjudication, les communes ou les communautés de feuilles d'avis disposent d'une impor-

¹⁶ Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics, RS 172.056.1.

¹⁷ Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics, RS 172.056.11.

tante marge de manœuvre en matière de conception et d'appréciation. Il convient toutefois de choisir des critères parfaitement adaptés au mandat mis au concours, qui se prêtent au choix de l'offre la plus avantageuse économiquement, qui soient objectivement fondés et non discriminants. En raison des différents contextes (d'économie de marché) et objectifs auxquels il convient d'être attentif lors de l'octroi de concessions dans le domaine des feuilles d'avis, il est impossible de fournir dans le cadre du présent guide une liste des critères d'aptitude et des critères d'adjudication valable dans tous les cas. Par conséquent, les commentaires suivants sont d'ordre tout à fait général.

4.7.1 Critères d'aptitude

Par critères d'aptitude, il faut comprendre les exigences à remplir pour qu'un ou une soumissionnaire entre en ligne de compte pour l'accomplissement du mandat. Il est conseillé de formuler les critères d'aptitude sous la forme de critères d'exclusion. Ceux qui ne les remplissent pas sont exclus ou, autrement dit, ne sont pas pris en considération lors de l'évaluation des offres.

Les critères d'aptitude peuvent se rapporter en particulier à

- *l'aptitude professionnelle* (preuves d'une expérience minimale en matière de gestion, de coordination, de marketing [des annonces], de fabrication et de distribution de produits comparables);
- *l'aptitude organisationnelle* (preuves de la présence d'une infrastructure minimale permettant de fabriquer les feuilles officielles d'avis conformément aux prescriptions techniques et de les distribuer dans les délais requis [p. ex. exploitation d'un service de réception des annonces, capacités d'impression suffisantes, organisation efficace en matière de distribution]);
- *les aptitudes financière et juridique* (p. ex. preuve que certaines obligations financières particulières ont été remplies, reconnaissance des dispositions du droit du travail et de la loi sur l'égalité).

Les documents prouvant que les critères d'aptitude sont remplis (formulaire de déclaration spontanée et attestations) seront joints au dossier.

Etant donné qu'il est difficile de demander à une entreprise d'assurer à elle seule la publication et la distribution des feuilles officielles d'avis, il est indispensable d'admettre la candidature de communautés de prestataires ou de sous-traitants. Lors de l'appel d'offres, il est important de demander des preuves d'aptitude de la part de toutes les entreprises impliquées (portant sur les prestations partielles qu'elles doivent fournir).

4.7.2 Critères d'adjudication

Les critères d'adjudication et leur pondération servent à évaluer, parmi les offres présentées par des soumissionnaires appropriés, celle qui est la plus avantageuse économiquement. Il ne

s'agit pas forcément de l'offre la plus avantageuse financièrement, mais de celle qui remplit le mieux les critères d'adjudication, compte tenu de leur pondération.

Au-delà du critère du prix, d'autres aspects (qualitatifs) liés au mandat doivent être examinés (p. ex. modèle de qualité, traitement des données, qualité de l'impression, capacités par rapport à la préimpression, l'impression et la distribution; stratégie pour le site Internet). Ces critères doivent être formulés de la manière la plus précise possible pour pouvoir être évalués clairement.

Afin de respecter les principes de transparence et d'équité, les critères (et les sous-critères) d'adjudication doivent être fournis dans l'appel d'offres avec la mention de leur pondération. S'agissant du critère du prix, il est conseillé d'indiquer dans l'appel d'offres le système d'évaluation (ce que l'on nomme la courbe des prix, qui est généralement linéaire). Il serait de toute façon interdit d'établir ce système d'évaluation après l'ouverture et l'examen des offres seulement.

En s'inspirant de la jurisprudence développée dans le cadre du droit des marchés publics, il paraît adéquat de pondérer le **critère du prix** (ou les critères de prix) par un facteur de 30 à 60 pour cent lors de l'adjudication de concessions de feuilles d'avis. Si l'on attend du concessionnaire qu'il verse une redevance annuelle de concession, il convient de se référer, pour l'évaluation, à la redevance offerte (en tant que somme fixe ou participation au bénéfice établie en pourcentage). Dans les régions où la publication de la feuille officielle d'avis ne peut pas couvrir les coûts ni être bénéficiaire, l'évaluation du critère du prix (ou des critères de prix) suppose la définition d'une base qui permet de procéder à une comparaison objective des offres (p. ex. rabais offert sur les publications officielles de la commune par rapport au tarif officiel d'insertion des annonces). Si les coûts de distribution sont partiellement ou intégralement assumés par les communes, il convient également d'en tenir compte lors de l'évaluation du prix.

4.8 Contenu et validité des offres

Les offres doivent contenir toutes les indications permettant d'évaluer les critères d'aptitude et les critères d'adjudication. Parmi celles-ci, citons en particulier

- la présentation du soumissionnaire et des autres entreprises qui fournissent des prestations dans le cadre de la publication et de la distribution. Il est recommandé de choisir un modèle d'entreprise générale dans lequel un concessionnaire assume la responsabilité de l'accomplissement de l'ensemble des prestations partielles, y compris celles des sous-traitants;
- les données, les attestations et les justificatifs relatifs à l'ensemble des critères d'aptitude;
- les données et les justificatifs relatifs à l'ensemble des critères d'adjudication;
- les calculs de prix, et, le cas échéant, de bénéfices;
- l'offre ou les offres de prix;

- l'attestation du soumissionnaire indiquant qu'il accepte les conditions de l'appel d'offres et, le cas échéant, le projet de contrat de prestations.

S'agissant de la validité des offres, il faut savoir que la décision d'adjudication est susceptible d'être attaquée et que la conclusion du contrat de prestations risque par conséquent d'être reportée. Le délai de validité doit être fixé dans les documents de l'appel d'offres de manière à ce que les offres restent valables dans tous les cas jusqu'à une décision exécutoire mettant un terme à une procédure de recours.

4.9 Voies de recours et effet suspensif

4.9.1 Droit procédural applicable

Lors de l'octroi de concessions, les voies de recours sont régies par les prescriptions générales de la loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA). Puisque, comme cela a été mentionné, il n'existe aucun état de fait au sens du droit sur les marchés publics, les dispositions de la législation spéciale à ce sujet (art. 11 ss LCMP) ne sont pas applicables.

4.9.2 Décision

Les décisions susceptibles de recours, à édicter et à notifier, sont en particulier

- l'appel d'offres¹⁸,
- l'adjudication,
- l'exclusion de la procédure,
- l'interruption de la procédure,
- la révocation de l'adjudication.

4.9.3 Voies de droit

Le préfet ou la préfète de l'arrondissement administratif concerné connaît des recours en première instance (art. 63 LPJA). Sa décision peut être attaquée par un recours de droit administratif auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (art. 74 ss LPJA).

4.9.4 Motifs de recours et délai

Les motifs du recours sont régis par l'article 66 ou par l'article 80 LPJA.

Le requérant ou la requérante peut invoquer

- la constatation incorrecte ou incomplète des faits;
- d'autres violations du droit, y compris celles qui sont commises dans l'exercice du pouvoir d'appréciation;

¹⁸ L'appel d'offres constitue une décision de portée générale; dans certaines circonstances, on peut partir du principe qu'il s'agit d'une décision incidente qui, aux conditions décrites à l'article 61, alinéa 3 LPJA, peut faire l'objet d'un recours distinct (cf. DANIEL KUNZ, op. cit., p. 263 s. et 294 ss, avec commentaires).

- l'inopportunité, dans les procédures de recours de première instance devant le préfet ou la préfète.¹⁹

Le **délaï de recours** est de **30 jours** (art. 67 et 81, al. 1 LPJA).²⁰

4.9.5 Effet du recours

Les recours intervenant dans le domaine d'application de la loi sur la procédure et la juridiction administratives ont en principe un effet suspensif (art. 68 et 82 LPJA).²¹ En conséquence, le contrat de prestations avec le concessionnaire ne peut être conclu qu'au moment où la décision d'adjudication est entrée en force, c'est-à-dire lorsque le délai de recours s'est écoulé sans avoir été utilisé, qu'un recours a été rejeté en dernière instance ou qu'un recours a été déclaré irrecevable.

¹⁹ Dans les recours portant sur des soumissions, ce grief est exclu (art. 14, al. 2 LCMP).

²⁰ Selon le droit des soumissions qui, ici, n'est pas déterminant, le délai de recours est de dix jours seulement (art. 14, al. 1 LCMP).

²¹ En revanche, les recours portant sur des soumissions n'ont pas d'effet suspensif (art. 14, al. 3 LCMP). Dans la pratique, toutefois, l'effet suspensif est régulièrement ordonné, pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (cf. art. 33, al. 1 OCMP).

5. Annexe: Modèle d'attribution de concession par voie d'appel d'offres

(entre parenthèses: commentaires)

Attribution par voie d'appel d'offres de la concession pour la publication de la feuille officielle d'avis des communes de A, B, C...

1. Nom et adresse de l'adjudicateur ou de l'adjudicatrice

Organisme responsable en matière de feuilles d'avis (*p. ex. Syndicat de communes de la feuille d'avis XY*)

Rue

NPA, localité

2. Type de procédure

Procédure ouverte

3. Objet et nature de la concession

Publication de la feuille officielle d'avis de la région XY, comprenant la gestion, le marketing, l'administration, l'acquisition d'annonces, la fabrication et la distribution de la feuille officielle d'avis sous forme de produit imprimé (et, le cas échéant: l'exploitation d'un site Internet) conformément aux dispositions prévues dans le dossier d'appel d'offres.

La zone concernée par la concession comprend communes dont la population totale est de personnes environ. Le tirage de la feuille officielle d'avis s'élève à exemplaires. Le chiffre d'affaires brut annuel s'est situé ces cinq dernières années entre francs et francs. Des indications plus précises à ce sujet figurent dans les documents de l'appel d'offres.

4. Durée de la concession et durée du contrat

La concession prend effet au; elle est attribuée pour une durée fixe de ... ans, c'est-à-dire jusqu'au

(Une concession dure généralement entre cinq et dix ans au maximum. Il est aussi possible d'envisager une durée fixe et de prolonger ensuite celle-ci d'une certaine période, à préciser, au cas où le contrat n'est pas dissous par une partie au terme de la première durée fixe. La durée totale de la concession devrait se situer entre cinq et dix ans.)

5. Critères d'aptitude et justificatifs

a. Aptitude à remplir le mandat, aux conditions de délai prévues, aux plans de la technique, des ressources humaines, de l'organisation et des finances.

Justificatifs: explications et attestations écrites portant sur l'ensemble des prestations partielles et sur le mandat global.

b. Expérience dans la gestion d'un ensemble de prestations partielles.

Justificatifs: attestations écrites accompagnées de références.

c. Respect de la totalité des exigences conformément au formulaire de déclaration spontanée.

Justificatifs: formulaire de déclaration spontanée entièrement rempli et remise de l'ensemble des pièces justificatives:

- extrait détaillé du registre des poursuites,
- attestation des autorités fiscales (TVA, impôts cantonaux, communaux et fédéraux),
- attestation des caisses de compensation (AVS, AI, APG, AC),
- attestation de la caisse de pension (cotisations PP),
- attestation de la SUVA ou de l'assurance contre les accidents professionnels et non professionnels (AP/ANP),
- attestation de l'assurance pour indemnités journalières en cas de maladie, pour autant qu'elle soit prescrite dans la convention collective de travail (CCT),
- attestation de la commission paritaire professionnelle concernant le respect de la CCT (s'il n'existe aucune affiliation à une CCT: attestation de l'organe de révision sur le respect des conditions de travail en usage sur le marché local et dans la profession ainsi que de l'égalité de salaire entre les femmes et les hommes).

Les pièces justificatives doivent être signées par les services qui fournissent les renseignements, ne pas dater de plus d'un an et attester que toutes les primes dues ont été payées.

Chaque entreprise concernée remplit son propre formulaire de déclaration spontanée, le signe et l'accompagne des pièces justificatives requises.

(Il est possible de télécharger un modèle du formulaire de déclaration spontanée à l'adresse suivante: www.bve.be.ch/bve/fr/index/direktion/ueber-die-direktion/dossiers/oeffentliches_beschaffungswesen.html)

d. Acceptation des conditions de l'appel d'offres.

Justificatif: attestation écrite.

e. Acceptation des éléments du contrat de prestations qui sont joints aux documents de l'appel d'offres et volonté de conclure un contrat de ce type avec l'adjudicateur ou l'adjudicatrice.

Justificatif: attestation écrite.

L'ensemble des critères d'aptitude doivent être remplis.

6. Critères d'adjudication

Critère:

Pondération:

a. Critère de prix

p. ex. 40%

(Dans les régions où le marché publicitaire est très florissant et où la publication de la feuille officielle d'avis génère un bénéfice, le critère du prix va se rapporter soit à la redevance annuelle qui a fait l'objet d'une offre et prendre la forme d'une somme fixe, soit à la part en pour cent du bénéfice qui a été proposée. Si une offre est demandée aussi bien pour une somme fixe que pour une part du bénéfice en pourcentage, il s'agit de prévoir deux critères de prix différents (critères partiels) et de les pondérer de manière correcte, c'est-à-dire globalement (par rapport aux autres critères d'adjudication) et entre eux (somme fixe contre part en pour cent du bénéfice). Il serait aussi envisageable de prescrire une redevance d'un montant précis [à établir de manière réaliste] et de prévoir comme seul critère de prix la part du bénéfice en pour cent mentionnée dans l'offre. La pondération globale du prix ou des critères de prix devrait être de l'ordre de 30 à 60 pour cent.)

Là où, à l'inverse, le marché des annonces est peu rentable et où la publication de la feuille officielle d'avis ne permet pas de couvrir la totalité des coûts, les critères de prix suivants entrent en ligne de compte: rabais offerts sur le tarif des annonces en vigueur [à joindre au dossier d'appel d'offres] pour les publications émanant des communes; si les communes doivent

en outre plus participer aux coûts de distribution, le niveau de cette participation doit également être pris en compte dans le critère de prix.)

- b. Critères de qualité p. ex. 25%
(Les critères ou les critères partiels suivants, à mentionner avec leur taux de pondération, sont envisageables: modèle de qualité, traitement des données, qualité de l'impression, qualité des offres.)
- c. Vente d'annonces et marketing p. ex. 25%
(Instruments particuliers; les efforts consentis et les expériences réalisées dans le domaine de la vente d'annonces et du marketing doivent être pris en considération dans le cadre de l'appréciation.)
- d. Site Internet (modèle, offres) p. ex. 10%
(Il est possible de prévoir d'autres critères d'adjudication, tels que ceux qui concernent l'écologie et les efforts consentis dans le domaine de la formation professionnelle; ceux-ci doivent cependant être clairement évalués au moyen de consignes précises [p. ex. rapport entre le nombre de postes de travail et le nombre de places d'apprentissage].)

Chaque critère et critère partiel est évalué sur une échelle de 0 à 6 points (arrondis à la décimale, p. ex. 3,6). L'offre dont l'évaluation obtient la note la plus élevée (valeur utile) remporte l'adjudication.

Evaluation du critère de prix ou des critères de prix: la meilleure offre donne droit au nombre maximal de points, à savoir 6,0. Pour chaque pourcentage situé en-dessous de l'offre maximale (... points), ... points sont déduits; des points négatifs sont possibles.

(Il est conseillé, dans un souci de transparence, d'annoncer le système d'évaluation du prix [dit courbe des prix]. Il serait de toute façon incorrect de n'en donner connaissance qu'après l'ouverture et l'examen des offres.)

Le tracé de la courbe des prix [généralement linéaire] doit être conçu de manière appropriée: si une redevance de concession est exigée, le système d'évaluation peut, par exemple, prévoir ce qui suit: 0,1 point est déduit pour chaque pour cent qui se situe en-dessous de l'offre la plus élevée [offre la plus élevée = note de 6; 25% en-dessous de l'offre la plus élevée = note de 3,5].)

7. Conditions générales et conditions particulières

- a. Des offres non complètes ou transmises après le délai imparti ne sont pas prises en considération.
- b. Le ou la concessionnaire s'engage, pendant la durée de la concession et la validité du contrat de prestations, à respecter une interdiction de concurrence qui l'empêche de publier un nouveau produit concurrentiel (notamment une feuille d'avis gratuite) dans la zone de distribution de la feuille officielle d'avis de la région XY, ou de participer à la publication d'un tel produit diffusé dans la zone de distribution. Cette interdiction de concurrence concerne également les entreprises rattachées au ou à la concessionnaire dans le cadre d'un groupe (à l'exception des organisations qui se chargent uniquement de distribution). Dans le cas de produits concurrentiels existants, la concessionnaire doit garantir et prouver que les intérêts de l'adjudicateur ou de l'adjudicatrice sont préservés le mieux possible.
- c. Les communautés de prestataires sont admises pour autant qu'une entreprise joue le rôle du ou de la concessionnaire en assumant la responsabilité globale de la publication et de la distribution de la feuille officielle d'avis et que les autres entreprises soient des sous-traitantes.
- d. Le tarif des annonces en vigueur figure dans les documents de l'appel d'offres. Il est adapté chaque année au renchérissement.

8. Adresse pour le retrait du dossier d'appel d'offres

Nom

Adresse
Téléphone
Courriel

9. Délai pour le dépôt de questions écrites

Date

10. Séances de présentation

L'adjudicateur ou l'adjudicatrice se réserve la possibilité d'inviter les soumissionnaires qui remplissent tous les critères d'aptitude à une séance de présentation qui sert à commenter l'aptitude et l'offre de part et d'autre. La séance fait l'objet d'un procès-verbal qui peut être utilisé à des fins d'évaluation des critères d'aptitude et des critères d'adjudication.

11. Adresse et délai pour le dépôt des offres

Destinataire:
Nom:
Adresse:

Délai de dépôt:
Date (du timbre postal):

Modalités:

Les offres seront remises dans une enveloppe cachetée portant le titre «Offres pour la feuille d'avis de XY» et la mention «Ne pas ouvrir».

12. Langue de la procédure

Français ou allemand

13. Validité des offres

Date

(Le délai doit être fixé de manière à ce que les offres restent valables jusqu'à la décision exécutoire mettant un terme à une procédure de recours).

14. Coordonnées du service de renseignements

Nom:
Adresse:
Téléphone:
Courriel:

15. Voies de droit

Le présent appel d'offres peut, dans un délai de 30 jours à compter de sa publication dans la Feuille officielle du Jura bernois ou dans l'Amtsblatt des Kantons Bern, faire l'objet d'un recours écrit auprès de la préfecture de Le recours doit être produit en deux exemplaires au moins. Il doit contenir les conclusions, l'indication des faits, moyens de preuve et motifs et porter une signature valable. La publication de l'appel d'offres et les moyens de preuve disponibles seront joints à l'envoi.