

Attribution de marchés à des organisations d'insertion professionnelle dans le cadre de l'aide sociale

Assujettissement au droit des marchés publics



Kanton Bern
Canton de Berne

Programmes d'intégration du canton de Berne

Avis de droit

Office de l'intégration et de l'action sociale du canton de Berne

Berne, le 1^{er} novembre 2024

Lieu et date

Berne, le 1^{er} novembre 2024

Mandant

Office de l'intégration et de l'action sociale
du canton de Bern (OIAS)
Rathausplatz 1
Case postale
3000 Berne 8

Mandataire

Kellerhals Carrard Bern KIG
Effingerstrasse 1
Case postale
3001 Berne

Auteurs

Dr. iur. Christoph Jäger, Avocat
Thomas Geiger, Avocat

Versions de langues

Allemand (original) et français (traduction)

Traduction :

David Masson, avocat

Photos de la couverture

iStock (image illustrative, à gauche) / Canton de Berne (Logo,
à droite)

TABLE DES MATIÈRES

Avant propos	3
Résumé	3
I. Situation de départ	5
II. Question	6
III. Cadre juridique	6
A. Bases légales	6
B. Champ d'application	7
1. Champ d'application subjectif et compétence	7
2. Champ d'application objectif	9
3. Exceptions et contre-exceptions	9
IV. Application aux attributions de marchés dans le cadre de l'insertion professionnelle	10
A. Principe et extension du champ d'application	10
B. Extension du champ d'application selon à l'art. 2 OAIMP	11
1. Méthodologie d'interprétation	11
2. Le texte comme point de départ	12
3. Interprétation systématique	12
4. Interprétation historique	13
4.1 Rapport sur l'OAIMP ainsi que la pratique et les bases juridiques appliquées jusqu'à présent	13
4.2 Au sujet de l'AIMP 2019 et de la LMP	14
5. Sens et but	16
6. Interprétation conforme aux accords internationaux	17
7. Délimitation : Délégation d'une tâche publique	18
8. Résultat	19
V. Exceptions à la soumission au droit des marchés publics	20
A. Attribution de marchés à des œuvres de bienfaisance	20
B. Attribution de marché au sein de la sphère étatique	22
1. Les acquisitions « Instate »	23
2. Les acquisitions « Quasi-Inhouse »	25
3. Résultat	26
VI. Réponse aux questions de l'avis de droit	27

AVANT PROPOS

Le présent avis de droit dans sa version française est une traduction de l'avis de droit original rédigé en allemand. En cas de divergence ou de contradiction, seul l'avis de droit original rédigé en allemand fait foi.

RESUME

L'avis de droit conclut que l'Office de l'intégration et de l'action sociale (OIAS) doit attribuer les marchés relatifs aux programmes d'occupation et d'insertion proposés dans le cadre de l'aide sociale (POIAS) aux partenaires POIAS, respectivement aux prestataires de service, en appliquant le droit des marchés publics. La soumission de marchés à des organisations d'insertion socioprofessionnelle conformément à l'art. 2 OAIMP par le Conseil d'État est globale et ne distingue pas les différents domaines d'application tels que l'assurance-chômage, l'aide sociale ou le domaine de l'asile et des réfugiés.

L'avis de droit examine également si une exception selon l'art. 10 AIMP 2019 pourrait être appliquée pour attribuer des marchés à des partenaires POIAS en dehors du droit des marchés publics pour des prestations d'occupation et d'insertion proposées dans le cadre de l'aide sociale. Étant donné que l'OIAS, avec la restructuration du système POIAS, ne cherche pas principalement à promouvoir des organisations d'utilité publique et ne souhaite pas leur attribuer des marchés publics dans ce but, mais vise à fournir des prestations aussi économiques et efficaces que possible conformément à la législation sur l'aide sociale, les partenaires POIAS actuels ou potentiels ne peuvent pas être considérés dans ce contexte comme des « œuvres de bienfaisance » au sens de l'art. 10, al. 1, let. e AIMP 2019. Cependant, il est envisageable que certains prestataires puissent être mandatés directement sans passer par le droit des marchés publics, en vertu de l'exception « Insttate » (art. 10, al. 2, let. b AIMP 2019) ou de l'exception « Quasi-Inhouse » (art. 10, al. 2, let. d AIMP 2019), notamment s'il s'agit d'organisations publiques ou d'organisations contrôlées publiquement. La condition centrale est alors que leur activité se déroule exclusivement ou majoritairement au sein de la sphère étatique, sans contact avec le marché, et qu'elles n'offrent pas, ou alors uniquement dans une faible mesure (en fonction de l'exception applicable), ces prestations ou des prestations similaires en concurrence avec d'autres prestataires (pour les conditions, voir ci-dessous, ch. 65 ss.).

Si, dans le nouveau système POIAS, plusieurs régions avec chacune un prestataire de services existent toujours et qu'une sélection parmi les partenaires POIAS intéressés, actuels ou potentiels doit être faite, l'OIAS se posera sur le fond – et également dans le cadre des exceptions mentionnées – toujours la question de savoir selon quels critères et considérations seront choisis les prestataires qui devraient recevoir le marché POIAS parmi plusieurs prestataires potentiellement intéressés. De telles considérations et un concept d'appel d'offres clair sont toutefois nécessaires tant dans le cas de marchés qui doivent être attribués selon le droit des marchés publics que dans le cas d'autres marchés qui peuvent être attribués librement. La procédure doit respecter la neutralité concurrentielle ; l'attribution de marchés au sein de la sphère étatique sur la base d'une exception et celle effectuée dans le cadre d'un appel d'offres doivent être clairement délimitées. L'attribution

uniforme de tous les marchés dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres conformément au droit des marchés publics éviterait de telles difficultés.

I. SITUATION DE DÉPART

- 1 Dans le canton de Berne, des mesures relatives au marché du travail, respectivement des offres d'occupation et d'insertion sont mises en place et exécutées dans le domaine de l'assurance-chômage (LMT¹), de l'aide sociale (LASoc², LPASoc³), de l'assurance-invalidité (ci-après : AI), ainsi que dans le domaine de l'asile et des réfugiés (LAAR⁴).
- 2 Dans le domaine étudié ici des programmes d'occupation et d'insertion proposés dans le cadre de l'aide sociale (POIAS), les structures actuelles existent depuis 2012. Le territoire cantonal est à cet effet organisé en huit régions. Chaque commune appartient à l'un de ces huit périmètres et peut utiliser l'offre POIAS dans le cadre de son contingent. La répartition des moyens se fait au prorata des dossiers d'aide sociale et de la proportion de chômeurs (taux de chômage) par commune.
- 3 La Direction de la santé, des affaires sociales et de l'intégration (DSSI) du canton de Berne et l'Office de l'intégration et de l'action sociale (OIAS) collaborent dans chaque région POIAS avec un prestataire de services, qui développe, fournit et met en œuvre les offres d'occupation et d'insertion, le cas échéant avec des sous-traitants. Les prestataires de services POIAS sont des partenaires stratégiques du canton, responsables de l'évaluation, de la médiation et de l'emploi des personnes concernées par l'aide sociale, et qui reçoivent en conséquence les moyens financiers cantonaux. Ils travaillent en étroite collaboration avec les services sociaux communaux et régionaux. Les huit partenaires POIAS sont des institutions publiques ou des prestataires de droit privé, mais souvent également contrôlés par les pouvoirs publics.
- 4 Le système POIAS actuel nécessite des réformes. Il existe parfois des conflits de rôles concernant les fonctions d'évaluation/d'affectation et la mise en œuvre des offres POIAS. Le modèle de rémunération basé sur le taux d'occupation peut également créer des incitations indésirables. Le canton a donc proposé des solutions, notamment avec le grand projet « Optimisation de l'insertion professionnelle dans le canton de Berne (IP-BE) », pour remédier aux lacunes identifiées. Cependant, le concept détaillé associé a été rejeté lors de la consultation pour diverses raisons. Le canton examine actuellement d'autres ajustements, tels que la séparation du triage/évaluation et de la mise en œuvre des différentes offres, certaines standardisations, ainsi que des incitations financières dans des cas de réussite définis. La structure régionale doit également être revue et ajustée si nécessaire. Le cercle des prestataires de services pourrait être élargi et les partenaires stratégiques

¹ Loi sur le marché du travail du 23 juin 2003 (LMT ; RSB 836.11).

² Loi sur l'aide sociale du 11 juin 2001 (LASoc ; RSB 860.1).

³ Loi sur les programmes d'action sociale du 9 mars 2021 (LPASoc ; RSB 860.2).

⁴ Loi sur l'aide sociale dans le domaine de l'asile et des réfugiés du 3 décembre 2019 (LAAR ; RSB 861.1).

sélectionnés dans le cadre d'une procédure concurrentielle, comme cela a déjà été le cas pour les partenaires régionaux dans le domaine de l'asile et des réfugiés.

II. QUESTION

- 5 Sur la base de la situation de départ décrite ci-dessus, des questions se posent notamment en ce qui concerne le droit des marchés publics. En vue de l'attribution de marchés à de futurs partenaires POIAS et éventuellement de la fonction de triage mentionnée, il y a lieu de clarifier les conditions-cadres du droit des marchés publics, notamment au regard de la question de savoir si ces marchés doivent faire l'objet d'un appel d'offre et être attribués sur la base d'une adjudication conformément au droit des marchés publics.
- 6 L'Office de l'intégration et de l'action sociale (OIAS) a donc mandaté Kellerhals Carrard pour rédiger un avis de droit répondant aux questions suivantes :
1. *Les marchés d'insertion professionnelle doivent-ils faire l'objet d'un appel d'offre et être attribués conformément aux dispositions du droit des marchés publics ?*
 2. *Question complémentaire : le droit des marchés publics s'applique-t-il à tous les marchés d'insertion professionnelle ou les programmes d'occupation et d'insertion proposés dans le cadre de l'aide sociale en sont-ils éventuellement exemptés ?*
 3. *Question complémentaire : Existe-t-il éventuellement des exceptions à l'application du droit des marchés publics lors de l'attribution de marchés aux partenaires POIAS ?*

III. CADRE JURIDIQUE

A. Bases légales

- 7 Depuis le 1^{er} février 2022, le nouveau droit des marchés publics est en vigueur dans le canton de Berne, comprenant l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP 2019)⁵ ainsi que la loi cantonale d'adhésion LAIMP⁶ et l'ordonnance d'application correspondante du Conseil d'État OAIMP⁷. Les questions qui se posent dans le présent avis de droit doivent donc être évaluées sur la base de ces textes. Déjà avant l'entrée en vigueur de ces textes, le canton de Berne avait, en vue de cette révision du droit des marchés publics, restructuré son organisation des marchés

⁵ Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 (AIMP 2019 ; RSB 731.2-1).

⁶ Loi concernant l'adhésion à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 8 juin 2021 (LAIMP ; RSB 731.2).

⁷ Ordonnance concernant l'accord intercantonal sur les marchés publics du 8 juin 2021 (OAIMP ; RSB 731.21).

publics et l'a réglementée dans l'OOMP⁸. Cette ordonnance n'est pas pertinente dans le présent contexte.

8 Dans le cadre de la procédure d'adhésion à l'AIMP 2019, le canton de Berne a émis des réserves concernant la voie de recours et n'a donc pas pu adhérer à ce concordat. Selon l'opinion majoritaire, il n'est donc formellement pas membre de l'AIMP 2019.⁹ Le Tribunal fédéral semble également partir de ce constat dans une décision récente, sans toutefois approfondir cette question.¹⁰ L'aspect de l'applicabilité directe ou seulement indirecte de l'AIMP 2019 n'est pas pertinent pour répondre aux questions du présent avis de droit, de sorte que cette question n'a pas besoin d'être approfondie ici. L'AIMP 2019 et ses dispositions pertinentes pour le champ d'application s'appliquent indépendamment de cela, toutefois seulement indirectement ou par analogie en tant que droit cantonal selon l'opinion majoritaire (cf. art. 4, al. 1 LAIMP).

9 Au niveau fédéral, la loi fédérale entièrement révisée (LMP¹¹) avec ses dispositions d'exécution se trouvant au niveau d'ordonnances (OMP¹², Org-OMP¹³) est également en vigueur. Ces textes ne sont pas applicables aux attributions de marchés par des adjudicateurs cantonaux, mais doivent être pris en compte dans le présent avis de droit en tant qu'élément d'interprétation, d'autant plus que les dispositions pertinentes sont identiques en raison de l'objectif d'harmonisation poursuivi par la révision totale du droit des marchés publics de la Confédération et des cantons.

B. Champ d'application

10 Les dispositions du droit des marchés publics sont applicables à l'attribution d'un marché si (cumulativement) l'adjudicateur est soumis subjectivement au droit des marchés publics (art. 4 AIMP 2019), s'il s'agit d'un marché public soumis (art. 8 AIMP 2019), et s'il n'existe aucune exception au champ d'application (art. 10 AIMP 2019).

1. Champ d'application subjectif et compétence

11 Sont subjectivement soumis au droit des marchés publics en tant qu'adjudicateur public en particulier « les pouvoirs publics ainsi que les unités administratives centrales ou décentralisées, y compris les collectivités de droit public, du canton, du district et de la commune au sens du droit cantonal et communal, exception faite

⁸ Ordonnance sur l'organisation des marchés publics du 5 novembre 2014 (OOMP ; RSB 731.22).

⁹ Selon le Tribunal administratif du canton de Berne, ainsi que selon l'opinion de deux auteurs proches du Tribunal, le canton de Berne a toutefois adhéré de manière valide à l'accord, de sorte que, selon eux, l'AIMP 2019 est directement applicable.

¹⁰ Arrêt du TF 2C_701/2023 du 24 juillet 2024 (prévu pour publication).

¹¹ Loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019 (LMP ; RS 172.056.1).

¹² Ordonnance sur les marchés publics du 12 février 2020 (OMP ; RS 172.056.11).

¹³ Ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale du 1^{er} mai 2024 (Org-OMP ; RS 172.056.15).

de leurs activités à caractère commercial ou industriel » (art. 4 al. 1 AIMP 2019). L'OIAS fait à l'évidence partie des adjudicateurs soumis au droit des marchés publics.

- 12 La question de savoir quelle collectivité publique est compétente pour quelles adjudications n'est pas traitée par le droit des marchés publics. Les marchés publics relèvent de l'administration auxiliaire, qui fournit à l'administration tous les moyens matériels, infrastructures et services nécessaires à l'accomplissement de ses tâches dans l'administration de police et de prestation.¹⁴ La compétence pour les marchés publics suit la répartition générale des tâches et des compétences entre la Confédération et les cantons (art. 3 Cst.¹⁵), de sorte que la Confédération et les cantons pourvoient chacun à leurs propres besoins en constructions, biens et services. Il en va de même dans les relations entre le canton et les communes. La compétence en matière de marchés publics – la compétence et la responsabilité, mais aussi le droit de se procurer les biens, constructions ou services nécessaires – suit la compétence matérielle, c'est-à-dire l'ordre de compétence dans le domaine concerné.¹⁶
- 13 La répartition des compétences entre le canton de Berne et les communes est régie de manière générale par la constitution cantonale et de manière spécifique par des lois particulières. Le canton et les communes, éventuellement en collaboration avec des organisations publiques et privées, prennent en charge les personnes nécessitant de l'aide ; il s'agit donc d'une tâche conjointe (art. 38, al. 1 ConstC¹⁷). Le canton définit les principes et objectifs de l'aide sociale et veille à la mise à disposition, au financement, à la coordination et à la vérification des prestations nécessaires, notamment dans le domaine concerné de l'insertion professionnelle et sociale (art. 12 en lien avec l'art. 2, let. c LASoc ; art. 5 LPASoc).
- 14 La compétence matérielle relève de la DSSI (art. 14 LASoc ; art. 5 LPASoc). La DSSI met notamment en place les offres nécessaires à l'insertion professionnelle, prévoit une répartition régionale adéquate des offres et coordonne ses offres avec celles des autorités du marché du travail et des autorités de formation ainsi que dans le cadre de la collaboration interinstitutionnelle (CII ; cf. art. 5, al. 1 LPASoc). La compétence interne à la direction relève de l'OIAS (art. 10, al. 1 OO DSSI¹⁸).
- 15 Il résulte de ce qui précède que la compétence matérielle et la responsabilité de la mise à disposition des offres d'occupation et d'intégration dans le domaine de l'aide sociale relèvent de la DSSI ou de l'OIAS, de sorte que ces entités sont également responsables de l'acquisition des prestations et biens nécessaires sur le marché,

¹⁴ PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^{ème} éd., Berne 2022, § 4, N. 71 ss. ; CHRISTOPH JÄGER, *Öffentliches Beschaffungsrecht*, in : Markus Müller/Reto Feller (éditeurs), *Bernisches Verwaltungsrecht*, 3^{ème} éd., Berne 2021, p. 871 ss. (ci-après : JÄGER, *Beschaffungsrecht*), N. 4 ss.

¹⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst féd. ; RS 101).

¹⁶ Voir JÄGER, *Beschaffungsrecht*, N. 9 et références citées.

¹⁷ Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 (ConstC ; RSB 101.1).

¹⁸ Ordonnance sur l'organisation et les tâches de la Direction de la santé, des affaires sociales et de l'intégration du 30 juin 2021 (Ordonnance d'organisation DSSI, OO DSSI ; RSB 152.221.121).

dans la mesure où ceux-ci ne sont pas disponibles à l'interne de l'administration ou fournis par celle-ci. La décision dite de « Make or buy »¹⁹ revient à l'OIAS (cf. ci-après ch. 16)

2. Champ d'application objectif

- 16 Lors de l'accomplissement des tâches publiques, la collectivité publique est fondamentalement libre de décider si elle produit elle-même les prestations ou si elle les achète sur le marché libre auprès de tiers (décision dite « Make or Buy »). Si les prestations sont, dit simplement, « achetées sur le marché », le droit des marchés publics s'applique.²⁰ En revanche, les achats au sein du secteur public, par exemple entre différentes unités organisationnelles de la même collectivité ou entre différentes collectivités, sont exempts du droit des marchés publics sous la condition de la neutralité concurrentielle, c'est-à-dire à condition qu'il n'y ait pas de contact avec le marché et avec des fournisseurs à but commercial (voir à ce sujet ci-dessous, ch. 65 et suivants).
- 17 L'attribution d'un marché se fait conformément aux dispositions du droit des marchés publics lorsqu'elle vise à remplir une tâche publique (art. 8, al. 1 AIMP 2019). Dans ce cadre, l'adjudicateur (soumis subjectivement) achète des prestations à un fournisseur sur le marché contre rémunération afin de pouvoir remplir cette mission.²¹
- 18 L'attribution d'un marché public au sens de l'art. 8, al. 1 AIMP 2019 inclut également le transfert de tâches publiques, c'est-à-dire lorsque l'adjudicateur confie à une personne ou à un prestataire de services une tâche publique à accomplir, afin qu'elle fournisse les prestations au nom de la collectivité envers le public ou envers certains destinataires (art. 9 AIMP 2019)²². Si une personne privée est chargée de l'accomplissement direct d'une tâche publique, on parle également de « délégation »²³. En revanche, l'octroi de concessions, également couvert par l'art. 9 AIMP 2019, n'est pas abordé ici en raison de son manque de pertinence dans le contexte présent.

3. Exceptions et contre-exceptions

- 19 L'article 10 AIMP 2019 exclut exceptionnellement certains marchés, normalement soumis, du champ d'application objectif. Dans une telle situation, l'AIMP 2019 ne

¹⁹ Cf. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zurich 2012 (cité ci-après : BEYELER, Geltungsanspruch) N. 708 ss., 1154 ss. ; JÄGER, Beschaffungsrecht, N. 4.

²⁰ Cf. BEYELER, Geltungsanspruch, N. 708 ss., 1154 ss. ; JÄGER, Beschaffungsrecht, N. 4.

²¹ Parmi d'autre ÉTIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2^{ème} éd., Berne 2023 (cité ci-après : POLTIER, Droit des marchés publics), N. 233 ss. ; JÄGER, Beschaffungsrecht, N. 66 ss.

²² Cf. Musterbotschaft du 16 janvier 2020 (Version 1.0, en allemand) concernant la révision totale de l'Accord intercantonal sur les Marchés publics (AIMP 2019) du 15 novembre 2019 (cité ci-après : Musterbotschaft AIMP 2019), p. 35 ss. ; JÄGER, Beschaffungsrecht, N. 72 ss.

²³ Cf. p. ex. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 11 N. 245 ss. ; BERNHARD RÜTSCHKE, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, in : ZBJV 2016, p. 71 ss.

s'applique pas même si l'adjudicateur est subjectivement soumis au droit des marchés publics. Ces marchés peuvent donc être attribués directement et en dehors du droit des marchés publics. Toutefois, les principes constitutionnels d'une procédure équitable doivent toujours être respectés.

- 20 Les cantons disposent, dans le cadre de l'AIMP 2019, d'une certaine marge de manœuvre, bien que limitée, pour étendre ou restreindre le champ d'application du droit des marchés publics, notamment dans le domaine de l'article 10 AIMP 2019 (cf. art. 63, al. 4 AIMP 2019).

IV. APPLICATION AUX ATTRIBUTIONS DE MARCHES DANS LE CADRE DE L'INSERTION PROFESSIONNELLE

A. Principe et extension du champ d'application

- 21 Les marchés de l'OIAS concernant l'insertion professionnelle dans le cadre l'aide sociale remplissent toutes les conditions d'un marché public soumis au droit des marchés publics selon l'art. 8, al. 1 AIMP 2019. Selon cette disposition, un marché public est un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique. Il est caractérisé par sa nature onéreuse ainsi que par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire. Les partenaires POIAS fournissent, dans le domaine de l'aide sociale, des services aux destinataires pour le compte de l'OIAS compétent et accomplissent ainsi des tâches d'exécution conformément à la LPASoc (voir également la question de la délégation de tâches publiques et l'art. 9 AIMP 2019, ch. 52 ss.).

- 22 Malgré le principe général de la soumission au droit des marchés publics d'une attribution de marché, le droit des marchés publics ne s'applique exceptionnellement pas si, dans un cas particulier, l'une des exceptions au champ d'application selon l'art. 10 AIMP 2019 est applicable. Dans le contexte présent, l'exception de l'art. 10, al. 1, let. e AIMP 2019, qui concerne explicitement le domaine de l'intégration professionnelle, se démarque :

« Le présent accord ne s'applique pas: [...] e) aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, des organismes d'insertion socioprofessionnelle, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires [...]. »

- 23 Cependant, le canton de Berne a émis la réserve suivante dans le cadre de la loi concernant l'adhésion à l'AIMP 2019 (cf. art. 63, al. 4 AIMP 2019 en relation avec l'art. 8, al. 2, let. a LAIMP en relation avec l'art. 2 LAIMP) :

« L'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019) s'applique également aux marchés attribués à des organisations d'insertion professionnelle. »

- 24 En référence au rapport sur l'OAIMP²⁴, la DSSI a, jusqu'à présent, soutenu que les offres d'occupation et d'intégration dans le domaine de l'aide sociale et les offres de prestations institutionnelles selon la LASoc/LPASoc ne sont pas couvertes par l'art. 2 OAIMP et sont exclues du champ d'application du droit des marchés publics en vertu de l'art. 10, al. 1, let. e AIMP 2019. L'extension du champ d'application de l'AIMP 2019 prévue à l'art. 2 OAIMP ne s'appliquerait – en tenant compte de la pratique et de l'opinion établie sous l'ancien droit des marchés publics – qu'aux mesures relatives au marché du travail (ci-après : MMT) conformément à la loi sur l'assurance-chômage (art. 59 ss. LACI²⁵), éventuellement aussi aux attributions de marchés dans le domaine de l'aide sociale pour les demandeurs d'asile et réfugiés ou en lien avec la réinsertion professionnelle des personnes ayant droit aux prestations de l'AI (conformément à la LAI²⁶).

B. Extension du champ d'application selon à l'art. 2 OAIMP

- 25 Il convient maintenant d'examiner si, et dans quelle mesure, il est correct d'interpréter de manière restrictive l'article 2 de l'OAIMP dans le sens de l'opinion exposée ci-dessus (ch. 24) et de limiter son application aux attributions de marchés d'insertion professionnelle dans le domaine de l'assurance-chômage (AC), de l'aide sociale pour les demandeurs d'asile et réfugiés ou de l'assurance-invalidité (AI).

1. Méthodologie d'interprétation

- 26 Le point de départ de toute interprétation est le texte (élément d'interprétation grammatical). Il ne peut être dérogé au texte clair d'une disposition que s'il existe des raisons impérieuses de penser qu'il ne reflète pas le véritable sens de la disposition.²⁷ Si le texte de la norme n'est pas clair et que diverses interprétations sont possibles, il faut rechercher sa véritable portée en tenant compte de tous les éléments d'interprétation. Il convient notamment de prendre en considération la volonté du législateur, telle qu'elle ressort par exemple des travaux préparatoires (interprétation historique), la signification de la norme dans le contexte d'autres dispositions (interprétation systématique) et les valeurs ou le sens et l'objectif qui sous-tendent le texte (interprétation téléologique).²⁸
- 27 Tout comme le Tribunal fédéral, le Tribunal administratif du canton de Berne se laisse également guider par un pluralisme méthodologique pragmatique, qui ne privilégie aucun élément d'interprétation. Il faut, au cas par cas, évaluer quelle méthode ou combinaison de méthodes conduit à la solution la plus convaincante

²⁴ Rapport du 17 novembre 2021 sur l'ordonnance concernant l'accord intercantonal sur les marchés publics (OAIMP) (ci-après : rapport OAIMP).

²⁵ Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (Loi sur l'assurance-chômage, LACI ; RS 837.0).

²⁶ Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI ; RS 831.20).

²⁷ Cf. p. ex. ATF 148 V 265 c. 5.2, ATF 145 II 270, c. 4.1; ATF 143 I 272 c. 2.2.3; JAB 2018 p. 341 c. 3.5.2; également pour ce qui suit.

²⁸ Cf. parmi d'autres : TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 25 N. 571 ss. und 574 ss.

dans le cadre normatif et en tenant compte des jugements de valeur du législateur.²⁹

2. Le texte comme point de départ

28 Selon le libellé de l'art. 2 de l'OAIMP, l'AIMP 2019 s'applique « aussi aux marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnelle ». La formulation « aussi » provient du fait que l'AIMP 2019 exclut justement ces contrats de son champ d'application (cf. art. 10, al. 1, let. e AIMP 2019). En conséquence, la note marginale de l'art. 2 de l'OAIMP parle d'une « extension du champ d'application de l'AIMP ».

29 L'art. 2 de l'OAIMP ne précise pas ce qui est couvert par les termes « marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnelle », respectivement ne précise pas quel est l'objet de ces marchés. Il convient toutefois de noter que la formulation choisie n'est pas restrictive. Cela serait le cas, par exemple, s'il s'agissait d'une simple « disposition facultative » ou si l'AIMP 2019 ne s'appliquait que « partiellement » aux marchés en question.

30 Le libellé est donc en soi « clair » en ce sens qu'il ne contient lui-même aucune restriction à certains domaines d'insertion professionnelle ou à certains marchés de ce domaine. L'interprétation n'est nécessaire que parce que la DSSI fait valoir qu'historiquement, seuls des contrats MMT ont été attribués dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres dans le canton de Berne. Dans ce cas, il manquerait alors un libellé clair et sans ambiguïté, et il convient donc de déterminer, en tenant compte des autres éléments d'interprétation, si et dans quelle mesure la soumission des marchés d'insertion professionnelle au droit des marchés publics prévue par le Conseil d'État à l'art. 2 OAIMP s'applique également dans le domaine de l'aide sociale.

3. Interprétation systématique

31 L'OAIMP ne contient aucune indication concernant la (non-)soumission de certains marchés passés avec des organisations d'insertion professionnelle, à l'exception de l'art. 2 OAIMP lui-même.

32 Les bases de l'extension du champ d'application de l'AIMP 2019 se trouvent à la fois à l'art. 8, al. 2, let. a LAIMP (norme de délégation interne au canton) et à l'art. 63, al. 4 AIMP 2019, qui permet aux cantons d'adopter leurs propres dispositions d'exécution, notamment en ce qui concerne l'art. 10 AIMP 2019. Il convient de noter, comme le mentionne explicitement l'art. 63, al. 4 AIMP 2019, que les « engagements internationaux de la Suisse » doivent également être pris en compte dans ces questions de soumission. En effet, le champ d'application du droit des

²⁹ Cf. JAB 2023 p. 109 c. 4.1 et références citées.

marchés publics comporte déjà, en vertu des accords internationaux en matière de marchés publics, certaines exceptions générales ou spécifiques, qui peuvent également s'appliquer, en vertu du droit national des marchés publics, à des marchés passés en dehors du champ d'application des accords internationaux.

- 33 Du champ d'application de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP)³⁰ sont notamment exclues les marchandises fabriquées par des personnes handicapées, des institutions philanthropiques ou des détenus (art. III, ch. 2, let. d AMP) :

« Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Parties où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant une Partie d'instituer ou d'appliquer des mesures: [...] »

d) se rapportant à des marchandises fabriquées ou des services fournis par des personnes handicapées, des institutions philanthropiques ou des détenus. »

- 34 En comparaison avec le droit national des marchés publics de la Suisse – la LMP et l'AIMP 2019 – il est frappant de constater que le domaine de l'insertion professionnelle n'est pas mentionné parmi les exceptions des accords internationaux. La LMP et l'AIMP 2019 étendent ainsi la disposition d'exception correspondante de l'art. III, ch. 2, let. d de l'AMP, en incluant les marchés du domaine de l'insertion professionnelle à l'art. 10, al. 1, let. e de la LMP et de l'AIMP 2019.

4. Interprétation historique

- 35 La position exposée (ch. 24) repose essentiellement ou exclusivement sur l'ancienne situation juridique, respectivement sur l'application antérieure du droit des marchés publics. Les documents, dans lesquels – dans la mesure où ils sont publiés – la nouvelle réglementation à l'art. 2 OAIMP est décrite et justifiée, doivent donc être examinés au sens de l'élément d'interprétation historique.

4.1 Rapport sur l'OAIMP ainsi que la pratique et les bases juridiques appliquées jusqu'à présent

- 36 Les documents accessibles relatifs à l'OAIMP ne précisent pas explicitement que l'extension du champ d'application ne couvre que les mesures du marché du travail (MMT) de l'assurance-chômage (AC) et non les mesures dans le domaine de l'aide sociale. Au contraire, le Conseil d'État se réfère plutôt de manière générale aux « bonnes expériences avec la mise au concours de ce type de marchés [passés avec des organisations d'insertion professionnelle] »³¹ afin de justifier la soumission de l'insertion professionnelle au droit des marchés publics. Il se réfère ainsi à la

³⁰ Accord révisé sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP ; RS 0.632.231.422).

³¹ Rapport OAIMP, p. 6.

pratique antérieure, mais ne fait aucune distinction entre les différents domaines de l'insertion professionnelle.

- 37 La DSSI est jusqu'à présent partie du principe que seuls les marchés dans le domaine du ORP/AC doivent faire l'objet d'un appel d'offres et d'une adjudication, alors que pour les marchés des mesures d'insertion professionnelle dans le domaine de l'aide sociale peuvent être attribuées sans appel d'offres. Si ces affirmations sont correctes, on pourrait argumenter que le législateur, lorsqu'il se réfère aux expériences pratiques antérieures, n'avait en réalité en tête que les mesures d'insertion professionnelle dans le domaine de l'AC et n'a ainsi étendu le champ d'application de l'AIMP 2019 qu'à ce domaine.
- 38 Selon l'ancien droit des marchés publics du canton de Berne (LCMP³²/OCMP³³), l'attribution de marchés à des organisations d'insertion professionnelle n'était pas réglementée expressément, et donc pas réglementée de manière générale et abstraite, de sorte que la question de la soumission devait être examinée au cas par cas.
- 39 L'adoption de l'OAIMP a eu lieu en 2021 et est donc récente. Le Conseil d'État n'a pas fait de distinctions claires dans ses explications concernant l'art. 2 AIMP 2019, et l'ancien droit des marchés publics du canton de Berne n'en contenait pas non plus. Il est possible que les appels d'offres aient effectivement eu lieu uniquement dans le domaine des MMT, mais il serait surprenant dans ce cas que cette restriction ne soit pas explicitement mentionnée dans le rapport du Conseil d'État. Il est plutôt probable qu'il ait voulu, sur la base des « bonnes expériences », soumettre tous les marchés d'insertion professionnelle et généraliser ainsi la pratique antérieure. Dans le cas contraire, une restriction claire aurait été attendue au moins dans les explications au sujet de l'art. 2 OAIMP. De plus, lors de l'application de normes récentes, l'élément d'interprétation historique revêt une importance accrue³⁴, de sorte qu'une interprétation restrictive ne doit être retenue qu'en cas de nécessité, c'est-à-dire s'il existe une raison objective importante justifiant cette interprétation restrictive.

4.2 Au sujet de l'AIMP 2019 et de la LMP

- 40 Le message type sur l'AIMP 2019 (Musterbotschaft IVöB)³⁵ comprend le terme « Organisationen der Arbeitsintegration », traduit par « organisation d'insertion professionnelle », qui se lit notamment en lien avec les mesures du marché du travail (MMT) des assurances sociales fédérales³⁶. Dans le droit fédéral, l'exception correspondante (art. 10, al. 1, let. e LMP) a été ajoutée directement par les Chambres

³² Loi sur les marchés publics du 11 juin 2002 (LCMP ; ROB 02-092).

³³ Ordonnance sur les marchés publics du 16 octobre 2002 (OCMP ; ROB 02-072).

³⁴ Cf. p. ex. ATF 138 II 440, c. 13.

³⁵ Musterbotschaft AIMP 2019, p. 21, p. 23, p. 37 ss.

³⁶ Musterbotschaft AIMP 2019, p. 37 ss.

fédérales lors du débat parlementaire, alors qu'elle n'était pas incluse dans le projet de loi du Conseil fédéral.³⁷ Étant donné que le projet de loi du Conseil fédéral³⁸ ne prévoit pas d'exception concernant le champ d'application à cet égard et que le message³⁹ ne traite donc pas de ce sujet, on peut supposer que le législateur partait initialement du principe que les attributions de marchés aux organisations d'insertion professionnelle étaient objectivement soumises au droit des marchés publics. Dans le cas contraire, une exception n'aurait pas été nécessaire.

- 41 L'extension du catalogue des exceptions devait, selon le Conseil national en tant que première chambre, conduire à une « Befreiung von der Unterstellung » que l'on peut traduire par « libération de la soumission »⁴⁰. Lors de l'élimination des divergences sur la LMP, cette opinion a finalement prévalu. Le Conseil des États ne voulait pas accorder d'exception pour les attributions de marchés à de telles organisations, en tenant compte des solutions cantonales prédominantes, notamment en raison du fait qu'il ne s'agissait pas seulement d'institutions caritatives, mais aussi de prestataires de services à but lucratif présents sur le marché (voir ci-dessous, ch. 59 ss., pour l'exception de champ d'application des œuvres de bienfaisance).⁴¹
- 42 Le complément parlementaire de la disposition d'exception dans la LMP n'est pas resté sans conséquences pour les révisions totales des décrets (inter-)cantonaux, car l'insertion professionnelle est un domaine politiquement controversé et les cantons n'avaient ou n'ont pas de réglementation ou de pratique uniforme à cet égard. Ainsi, plusieurs cantons de la Suisse alémanique, du moins dans le domaine des MMT, prévoyaient une obligation de mise en concurrence (y compris le canton de Berne, voir ci-dessus ch. 37), tandis que les cantons romands n'ont généralement pas mis en concurrence de telles mesures jusqu'à présent.⁴²
- 43 Dans ce contexte, les cantons n'ont pas pu trouver de solution uniforme sur ce sujet lors de l'adoption de l'AIMP 2019. Ils ont donc décidé – par analogie avec la LMP – d'inclure une exception pour les attributions de marchés aux organisations d'insertion professionnelle dans l'AIMP 2019, mais de laisser aux cantons, conformément à l'art. 63, al. 4 AIMP 2019, le « libre choix » de prévoir, dans le cadre

³⁷ Aucune indication concernant une exception de champ d'application en ce qui concerne l'insertion professionnelle ne figure par conséquent dans le projet de loi du Conseil fédéral et le message correspondant.

³⁸ Projet de loi fédérale sur les marchés publics (P-LMP), in : FF 2017 1851 ss., p. 1856. « La présente loi ne s'applique pas: [...] e. aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires [...] » (Art. 10 al. 1 let. e P-LMP).

³⁹ Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, in : FF 2017 p. 1695 ss. (cité ci-après: Message LMP), p. 1749, qui se réfère à la version précédente de l'art. 3 al. 1 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (aLMP ; AS 2020 641) : « La présente loi n'est pas applicable: a. aux marchés passés avec des institutions pour handicapés, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires [...] ».

⁴⁰ Musterbotschaft AIMP 2019, p. 38.

⁴¹ Cf. Musterbotschaft AIMP 2019, p. 37 ss.

⁴² Musterbotschaft AIMP 2019, p. 38 ; FELIX TUCHSCHMID, in : Hans Rudolf Trüb (éditeur), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zurich 2020 (cité ci-après : TUCHSCHMID, Handkommentar), N. 19 ad art. 10 LMP/AIMP2019 ; TRÜB/CLAUSEN, OF-Kommentar, N. 10 ad art. 10 LMP.

des dispositions d'exécution cantonales, une soumission au droit des marchés publics.⁴³

5. Sens et but

44 Les valeurs sous-jacentes au droit des marchés publics plaident également en faveur d'une soumission sans restriction des attributions de marchés dans le domaine de l'insertion professionnelle. En effet, le sens et le but du droit des marchés publics sont, entre autres, de créer une concurrence efficace pour l'attribution des marchés publics et ainsi d'assurer une utilisation efficiente des fonds publics (cf. art. 2 AIMP 2019, qui définit le but de la loi). Le droit des marchés publics vise à couvrir les marchés et à réguler leur mise en oeuvre, que l'acheteur public attribue de manière neutre en termes de concurrence entre les participants du marché libre au sens économique, garantissant ainsi la liberté économique. Dans ce contexte, il contient des dispositions sur la *manière* dont l'État doit effectuer ses achats sur le marché et sélectionner ses prestataires.⁴⁴

45 L'exception au champ d'application de l'art. 10, al. 1, let. e LMP/AIMP 2019 est justifiée par le fait que les organisations et institutions mentionnées ne poursuivent pas des objectifs lucratifs, mais des objectifs purement idéaux – comme la promotion des groupes socialement défavorisés ou la réinsertion des délinquants dans la société – et qu'il ne doit donc pas y avoir de concurrence pour les attributions.⁴⁵ L'État ne cherche pas seulement à acquérir des biens et des services avec ces attributions de marchés, mais aussi – et surtout – à soutenir et promouvoir les institutions concernées dans leur activité d'utilité publique, par exemple en assurant des emplois dans ces institutions grâce aux marchés publics qui leur sont attribués.⁴⁶ Ainsi, un objectif pédagogique de l'attribution des marchés prend le pas sur l'aspect purement commercial ; la motivation de l'adjudicateur public est donc différente de celle d'une « acquisition publique ordinaire ».

46 Les organisations d'insertion professionnelle ne sont cependant pas couvertes de manière générale par la notion d'établissement de bienfaisance mentionnée à l'art. 10, al. 1, let. e AIMP 2019. Cette exception et la contre-exception figurant à l'art. 2 OAIMP n'auraient guère de sens si les exactes mêmes conditions qui s'appliquent aux organisations de bienfaisance, s'appliquaient de toute façon ; la mention séparée des « organisations d'insertion professionnelle » aurait alors été superflue.⁴⁷ Si l'organisation d'insertion professionnelle entre en concurrence avec d'autres prestataires en tant qu'entité économique, l'attribution d'un marché sans respect

⁴³ Musterbotschaft AIMP 2019, p. 38.

⁴⁴ Cf. JÄGER, Beschaffungsrecht, N. 4 ss.

⁴⁵ Cf. TUCHSCHMID, Handkommentar, N. 16 ad art. 10 LMP/AIMP 2019 ; TRÜEB/CLAUSEN, OF-Kommentar, N. 12 ad art. 3 LMP ; BEYELER, Geltungsanspruch, N. 708 ss. ; JÄGER, Beschaffungsrecht, N. 84.

⁴⁶ Cf. TRÜEB/CLAUSEN, OF-Kommentar, N. 7 s. ad art. 10 LMP ; TUCHSCHMID, Handkommentar, N. 16 ad art. 10 LMP/AIMP 2019.

⁴⁷ Cf. TRÜEB/CLAUSEN, OF-Kommentar, N. 12 ad art. 10 LMP sur l'exception identique de la LMP, dans le même contexte.

du droit des marchés publics serait en contradiction avec les objectifs et principes de ce droit.⁴⁸

- 47 Il découle donc de l'interprétation du point de vue du sens et du but, que l'« extension du champ d'application de l'AIMP » selon l'art. 2 OAIMP s'étend également à tous les marchés attribués aux organisations d'insertion professionnelle. La qualité organisation de bienfaisance, qui peut justifier une attribution de marché sans respect du droit des marchés publics, ne peut pas être déduite telle quelle de l'activité d'organisations d'insertion professionnelle, mais doit être examinée séparément (les conditions pour une attribution sans respect du droit des marchés publics n'étant pas remplies en l'espèce ; voir à ce sujet en détail ci-dessous, ch. 59 et suivants).

6. Interprétation conforme aux accords internationaux

- 48 Une ligne directrice supplémentaire pour l'interprétation des normes de droit administratif est le droit des accords internationaux : « Insbesondere sind verwaltungsrechtliche Bestimmungen stets so auszulegen, dass sei mit der Verfassung und gegebenenfalls völkerrechtlichen Bestimmungen im Einklang stehen [...] »⁴⁹ que l'on peut traduire par : « En particulier, les dispositions de droit administratif doivent toujours être interprétées de manière à être conformes à la Constitution et, le cas échéant, aux dispositions du droit international [...] ».
- 49 L'extension de l'exception au champ d'application de l'art. 10, al. 1, let. e AIMP 2019 aux marchés attribués aux organisations d'insertion professionnelle est considérée comme contraire aux accords internationaux par la doctrine juridique. Cette extension entraîne une modification non autorisée de l'exception générale prévue dans l'AMP, modifiant ainsi le champ d'application de ce traité.⁵⁰ La Suisse est tenue de notifier cette modification au Comité des marchés publics de l'OMC (art. XIX, par. 1, AMP).⁵¹ Tous les États membres de l'OMC pourraient s'opposer à cette notification – qui n'a pas encore eu lieu – ce qui déclencherait une procédure de consultation et éventuellement une procédure d'arbitrage pour le règlement des différends (art. XIX et XX, AMP).⁵²
- 50 Une interprétation de l'art. 2 OAIMP conforme aux accords internationaux exige que tous les marchés attribués aux organisations d'insertion professionnelle – y compris ceux aux prestataires dans le domaine de l'aide sociale – soient en principe soumis au droit des marchés publics. Dans tous les cas, une grande prudence est

⁴⁸ Cf. BEYELER, Geltungsanspruch, N. 709.

⁴⁹ PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zurich 2018, p. 122.

⁵⁰ TUCHSCHMID, Handkommentar, N. 19 ad art. 10 LMP/AIMP 2019.

⁵¹ HANS RUDOLF TRÜEB/NATHALIE CLAUSEN, in : Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (éditeur), OFK-Kommentar Wettbewerbsrecht II, 2. édition, Zurich 2021 (cité ci-après : TRÜEB/CLAUSEN, OF-Kommentar), N. 11 ad art. 10 LMP.

⁵² TUCHSCHMID, Handkommentar, N. 14 ad art. 10 LMP/AIMP 2019 ; TRÜEB/CLAUSEN, OF-Kommentar, N. 11 ad art. 10 LMP.

de mise lors de l'interprétation extensive – au-delà d'un texte de traité international – surtout en ce qui concerne les dispositions qui exemptent certains marchés de l'application des règles d'attribution des marchés publics. Une telle interprétation ne doit pas être adoptée à la légère, notamment en tenant compte de la finalité du droit des marchés publics (art. 2 AIMP 2019, voir ci-dessus, ch. 44).

- 51 Les marchés de services (art. 8, al. 2 AIMP 2019) ne relèvent du champ d'application du droit des accords internationaux que si les services sont entièrement ou partiellement inscrits sur la liste positive de l'annexe 5 de l'AMP. Les prestations à fournir dans le domaine POIAS sont probablement majoritairement classées dans la catégorie « Services de l'aide sociale et services connexes » (classifications CPC 93311 à 93329 ou classification CPV 85300000-2). Ces catégories de services ne figurent pas sur la liste positive de l'annexe 5 de l'AMP et ne relèvent donc pas du champ d'application des accords internationaux. Cependant, certaines prestations partielles des marchés POIAS pourraient être couvertes par l'annexe 5 de l'AMP. L'applicabilité ou non des dispositions des accords internationaux ne change rien à la soumission de ces marchés au droit des marchés publics et à l'obligation de mise en concurrence (lorsque les seuils correspondants sont atteints), de sorte que cette question peut rester ouverte pour les besoins de cet avis de droit. Néanmoins, l'art. III, par. 2, let. d de l'AMP peut être considéré comme directeur pour l'interprétation de l'art. 10, al. 1, let. e AIMP 2019 et de l'art. 2 OAIMP ; il ne faut pas supposer sans autre que le législateur voulait créer une réglementation différente dans le domaine interne par rapport au domaine des accords internationaux.⁵³

7. Délimitation : Délégation d'une tâche publique

- 52 Selon l'art. 9 AIMP 2019, et sous réserve de dispositions spéciales contraires, la délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte.
- 53 L'attribution de marchés à des prestataires publics ou privés dans le domaine de l'insertion professionnelle dans l'aide sociale par l'OIAS compétent pourrait – sans examen plus approfondi – constituer une telle délégation de tâche. Alors que le prestataire, dans le cadre d'une attribution de marché et de la prestation subséquente au sens de l'art. 8, al. 1 AIMP 2019, n'est qu'un simple *auxiliaire administratif*, la responsabilité de l'exécution passe au prestataire lors d'une délégation de tâches publiques au sens de l'art. 9 AIMP 2019 ;⁵⁴ il devient fonctionnellement un

⁵³ Cf. BEYELER, Geltungsanspruch, ch. 12 s.

⁵⁴ THOMAS P. MÜLLER, in : Hans Rudolf Trüb (éditeur), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zurich 2020 (cité ci-après : MÜLLER, Handkommentar), N. 18 s. ad art. 9 LMP/AIMP 2019.

organe administratif (et est lui-même soumis à l'AIMP 2019 pour ses propres marchés futurs).⁵⁵

- 54 La relation entre l'art. 8, al. 1 et l'art. 9 AIMP 2019 n'est ni réglementée ni étudiée et clarifiée de manière approfondie. En tant que *lex specialis*, l'art. 9 AIMP 2019 ne s'applique, selon la doctrine, qu'aux procédures d'attribution de marchés et aux contrats de prestations dans les domaines non couverts par les accords internationaux.⁵⁶ Dans le cas présent, les contrats de prestations dans le domaine POIAS remplissent les caractéristiques d'un marché public selon l'art. 8, al. 1 AIMP 2019, qui doit être attribué conformément aux dispositions du droit des marchés publics, de sorte que, selon la doctrine juridique, il n'y a pas de place systémique ni de nécessité pour l'application de l'art. 9 AIMP 2019.⁵⁷ Il peut donc rester indéterminé, pour les besoins de cet avis, si une délégation de tâches publiques aux partenaires POIAS a lieu simultanément, de sorte que les marchés de prestations correspondants – en l'absence d'exceptions légales spéciales – devraient également être attribués conformément à l'art. 9 AIMP 2019 dans le cadre d'une procédure d'attribution de marchés.

8. Résultat

- 55 L'interprétation de l'art. 2 OAIMP montre que l'attribution de marchés à des organisations d'insertion professionnelle est soumise intégralement et sans distinction des domaines d'application aux dispositions du droit des marchés publics. Le texte de l'art. 2 OAIMP – en tant qu'exception à l'art. 10 al. 1 let. e AIMP 2019 – ne fait pas de distinction quant au domaine de l'insertion professionnelle (assurance-chômage, aide sociale, AI ou aide sociale en matière d'asile) dans lequel les offres d'occupation et d'intégration doivent être mises en œuvre. Les autres éléments d'interprétation, notamment l'historique de la disposition ainsi que le sens et le but de la règle et de l'ordonnance, n'offrent pas, ou du moins pas de manière claire, d'indices selon lesquels l'art. 2 OAIMP devrait être compris différemment. Il n'y a notamment pas d'indice concret laissant envisager que Conseil d'État aurait voulu que seules les mesures du marché du travail devraient être soumises au droit des marchés publics, tandis que les marchés POIAS dans le domaine de l'aide sociale pourraient être attribués sans tenir compte du droit des marchés publics. Ce résultat est également conforme au sens et au but du droit des marchés publics en général (protection et promotion de la concurrence, efficacité dans l'utilisation des fonds publics).

⁵⁵ MÜLLER, Handkommentar, N. 21 ad art. 9 LMP/AIMP 2019 ; TRÜEB/CLAUSEN, OF-Kommentar, N. 8 ad art. 9 LMP.

⁵⁶ MÜLLER, Handkommentar, N. 49 s. ad art. 9 LMP/LAIMP 2019. Aussi selon l'avis de POLTIER, Droit des marchés publics, N. 339, il faut tenir compte des dispositions des traités internationaux lors de la distinction entre marchés publics et délégation de tâches, car la classification en tant que délégation d'une tâche publique implique que l'ouverture d'un tel marché à la concurrence internationale est exclue. Toutefois, dans tous les cas où l'activité déléguée au prestataire s'accompagne d'une autorité (dispositionnelle) souveraine, il faut considérer qu'il s'agit d'une délégation de tâche au sens de l'art. 9 AIMP 2019, qui, en vertu de cette disposition, est considérée comme un marché public, mais qui, selon ce qui a été dit, relèverait de domaine non couvert par les traités internationaux.

⁵⁷ MÜLLER, Handkommentar, N. 49 s. ad art. 9 LMP/LAIMP 2019 et références citées.

- 56 Bien que de nombreux services des partenaires POIAS ne soient probablement pas couverts par le droit des accords internationaux – sans examen approfondi –, une interprétation conforme à ces accords et l'unité avec le domaine de l'AIMP 2019 non couvert par le droit international exigent que l'exception de champ d'application de l'art. 10 al. 1 let. e AIMP 2019 ne soit pas interprétée de manière extensive, et que l'art. 2 AIMP 2019 soit interprété de manière conforme au droit international. Cet aspect plaide également en faveur de la soumission de tous les marchés attribués aux organisations d'insertion professionnelle au droit des marchés publics, y compris dans le domaine de l'aide sociale.
- 57 L'attribution de marchés dans le domaine POIAS par l'OIAS doit donc être qualifiée de marchés publics (de services) au sens de l'art. 8 al. 1 et al. 2 let. c AIMP 2019. Une interprétation conforme au droit international de l'art. 2 OAIMP exclut l'application de l'exception de l'art. 10 al. 1 let. e AIMP 2019, et les attributions de marchés concernées doivent se faire conformément aux dispositions (inter-) cantonales du droit des marchés publics.

V. EXCEPTIONS A LA SOUMISSION AU DROIT DES MARCHES PUBLICS

- 58 Après que l'interprétation de l'art. 2 AIMP 2019 a conduit à la conclusion que les marchés d'insertion professionnelle, y compris dans le domaine de l'aide sociale, doivent faire l'objet d'un appel d'offre et d'une adjudication conformément aux dispositions du droit des marchés publics, il convient d'examiner ci-après, conformément à la mission, s'il existe éventuellement d'autres exceptions qui exemptent de telles attributions de l'application du droit des marchés publics.

A. Attribution de marchés à des œuvres de bienfaisance

- 59 Sont également exclus du champ d'application du droit des marchés publics (inter-) cantonaux, conformément à l'art. 10 al. 1 let. e AIMP 2019, les marchés attribués à des œuvres de bienfaisance, c'est-à-dire des marchés attribués à des prestataires qui ne poursuivent pas des objectifs lucratifs mais des objectifs idéaux.⁵⁸ Si la rémunération pour le service rendu pour des motifs idéaux ne sert qu'à couvrir les coûts et non à générer un profit utilisable à d'autres fins, il serait inapproprié de soumettre le prestataire à une concurrence économique.⁵⁹
- 60 Pour l'application de cette exception, il est essentiel que tant du côté de l'adjudicateur que du côté du prestataire de services, une activité ou une motivation non commerciale soit au premier plan. Le Tribunal fédéral a établi les conditions (cumulatives) suivantes pour cette exception de champ d'application, afin qu'un

⁵⁸ TUCHSCHMID, Handkommentar, N. 16 ad art. 10 LMP/AIMP 2019.

⁵⁹ TRÜEB/CLAUSEN, OF-Kommentar, N. 5 ad art. 9 LMP.

marché puisse être attribué à une œuvre de bienfaisance au sens de l'art. 10 al. 1 let. e AIMP 2019 sans être soumis au droit des marchés publics :⁶⁰

- a. L'adjudicateur agit à but non lucratif et conçoit le marché de manière non commerciale en conséquence.
- b. Le prestataire de services poursuit un but non commercial, y compris en ce qui concerne les services en question et leur fourniture.

61 La conception de l'appel d'offres est pertinente à cet égard. Normalement, au moment de l'appel d'offres, les prestataires qui proposeront leurs services ne sont pas encore connus et ces derniers soumettront une offre dans le cadre de cette procédure. Il n'est souvent pas exclu que des prestataires à but commercial et non commercial soumettent une offre. Pour cette raison, il convient d'examiner si l'adjudicateur cherche principalement à obtenir une exécution de la tâche au meilleur coût possible ou à soutenir une œuvre de bienfaisance.⁶¹ Si l'exécution économique de la tâche est au premier plan, l'exception de champ d'application de l'art. 10 al. 1 let. e AIMP 2019 ne peut pas s'appliquer, même si des œuvres de bienfaisance postulent également pour le marché en question.⁶² En particulier, le prix d'une prestation constitue régulièrement un aspect important dans un marché orienté vers la concurrence.⁶³

62 De plus, pour que cette exception soit applicable, il est nécessaire d'exclure toute activité de marché ainsi que toute concurrence entre prestataires. Les prestataires de services (offrant) dans le domaine exempté ne doivent pas agir avec des intentions lucratives, mais doivent poursuivre des motifs idéaux. Le terme « œuvres de bienfaisance » doit être compris au sens large. Il englobe tous les sujets engagés dans des objectifs idéaux, dans la mesure où ils offrent des services sur une base non commerciale (mais dans le but de promouvoir le bien commun).⁶⁴ Cependant, cette exception doit être appliquée avec retenue et l'autorité adjudicatrice est ou reste autorisée à laisser jouer la concurrence (également) entre les établissements sociaux.⁶⁵

63 En ce qui concerne le futur système POIAS, la collaboration avec des partenaires externes ou des prestataires de services doit être fondamentalement poursuivie, c'est-à-dire que l'OIAS continuera à fournir des services par l'intermédiaire des partenaires POIAS aux bénéficiaires et ne fournira pas les services elle-même (« buy » au lieu de « make » ; voir ci-dessus, ch. 16). D'après les informations dont nous disposons, l'OIAS poursuit clairement des intérêts économiques et organi-

⁶⁰ Arrêt du TF 2C_861/2017 du 12 octobre 2018, c. 3.7.1 s.

⁶¹ Arrêt du TF 2C_861/2017 du 12 octobre 2018, c. 3.7.

⁶² TUCHSCHMID, Handkommentar, N. 16 ad art. 10 LMP/AIMP 2019.

⁶³ ATF 145 II 49 c. 4.5.3 p. 62.

⁶⁴ BEYELER, Geltungsanspruch, N. 713.

⁶⁵ POLTIER, Droit des marchés publics, N. 251 avec renvoi à l'arrêt du TF 2C_861/2017 du 12 octobre 2018, c. 3.7.

sationnels administratifs avec l'appel d'offres, notamment pour alléger ses propres ressources. La réorganisation et l'attribution des marchés ne visent pas principalement à soutenir ou à promouvoir les organisations ou prestataires mandatés dans le cadre de leur activité idéale, mais à remplir de manière appropriée et économique la tâche publique de l'insertion professionnelle dans le cadre de l'aide sociale, dans le sens du meilleur rapport qualité-prix. Bien que nous ne connaissions pas les activités et les motivations exactes des prestataires potentiels dans ce domaine, il ne peut être exclu que les partenaires POIAS actuels, ainsi que les futurs partenaires POIAS potentiels, aient également ou même uniquement des motivations financières et commerciales pour l'attribution du marché. Il ne peut pas non plus être exclu que les futurs partenaires POIAS intéressés par ce marché de service puissent être recrutés parmi un cercle de prestataires potentiellement purement commerciaux sur le marché.

- 64 Dans ce contexte, les conditions de l'exception de but d'utilité publique (art. 10 al. 1 let. e AIMP 2019) selon la jurisprudence du Tribunal fédéral ne sont pas entièrement remplies. Cette exception ne peut donc pas être invoquée pour une adjudication directe d'un marché à un partenaire POIAS sans passer par le droit des marchés publics. L'appel d'offres et l'adjudication du marché visés ici sont motivés par des raisons « commerciales » (au sens de ce qui a été dit) du côté de l'OIAS et ne visent pas principalement à promouvoir des organisations de bienfaisance. Par conséquent, la question de savoir si le marché servirait uniquement à couvrir les coûts du prestataire de services concerné ou bien s'il servirait (aussi) à réaliser des bénéfices pour le prestataire peut rester ouverte. L'OIAS ne doit pas répondre de manière concluante à cette question. Pour que l'exception de l'art. 10 al. 1 let. e AIMP 2019 soit applicable, il faudrait au final pouvoir exclure concrètement une motivation économique du prestataire de services selon la jurisprudence du Tribunal fédéral.

B. Attribution de marché au sein de la sphère étatique

- 65 Sont également exemptés du droit des marchés publics l'acquisition de prestations ou l'échange de prestations et contre-prestations, lorsque cela a lieu exclusivement au sein de la sphère étatique, c'est-à-dire sans contact avec le marché et en dehors de toute concurrence.⁶⁶ De telles acquisitions internes à l'État sont considérées comme des « make » et non des « buy » (cf. à ce sujet ch. 16) et sont naturellement et systématiquement exemptes du droit des marchés publics. En lien avec les questions posées dans le cadre du présent avis de droit, il convient d'examiner de plus près dans la présente constellation l'exception « Instate » (art. 10 al. 2 let. b AIMP 2019) et l'exception « Quasi-Inhouse » (art. 10 al. 2 let. d AIMP 2019).

⁶⁶ Cf. À ce sujet en détail MARTIN LUDIN, Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatsphäre, Zurich 2019 (cité ci-après : LUDIN, Privilegierte Vergaben).

1. Les acquisitions « Instate »

66 L'exception « Instate » est l'acquisition neutre en termes de concurrence d'un adjudicateur public auprès d'une autre collectivité publique, indépendamment du niveau de l'État (Confédération, canton ou commune) auquel appartiennent l'adjudicateur public et le prestataire de services public ou étatique. Selon l'art. 10 al. 2 let. b AIMP 2019, les conditions suivantes doivent être remplies cumulativement pour que l'exception s'applique et que le droit des marchés publics ne soit pas applicable :⁶⁷

- a. Les deux personnes, respectivement les deux entités impliquées dans l'affaire doivent être qualifiées d'adjudicateurs publics au sens du droit des marchés publics, c'est-à-dire qu'elles sont toutes deux soumises au droit des marchés publics.
- b. La prestataire de services ne doit pas (en outre) offrir les prestations sur le marché.

67 Avec l'acquisition « Instate », on tient compte du principe selon lequel l'acquisition de prestations par une collectivité publique auprès d'une autre collectivité publique reste entièrement dans la sphère de l'État et donc en dehors du marché et de la concurrence des prestataires privés pour le marché public, de sorte qu'il ne peut pas y avoir de distorsions de concurrence systémiques.⁶⁸ Dans ce cas, le droit des marchés publics n'est pas nécessaire pour protéger et promouvoir la concurrence ; seuls des intérêts publics au sein de l'État sont préservés par ces acquisitions « Instate ». Tant que la prestataire de services n'agit que pour des adjudicateurs publics et tant qu'elle exerce une mission publique, c'est-à-dire sans but lucratif et sans activité commerciale, cette exception justifie que les prestations puissent être obtenues sans passer par le droit des marchés publics (notamment sans appel d'offres public). Comme indiqué, les partenaires POIAS fournissant les prestations doivent également être des adjudicateurs publics⁶⁹ au sens de l'AIMP 2019⁷⁰ pour que le canton puisse invoquer l'exception « Instate ».

68 L'évaluation consistant à savoir si une prestation est effectivement fournie en concurrence avec des prestataires privés doit être effectuée au cas par cas.⁷¹ Il n'existe pas d'interdiction générale de toute activité de marché pour un prestataire de

⁶⁷ Cf. Sur l'ensemble : LUDIN, *Privilegierte Vergaben*, N. 587 ss.

⁶⁸ Cf. Arrêt du TF 2C_701/2023 du 24 juillet 2024 (prévu pour la publication), c. 7.3 et références citées.

⁶⁹ Avec pour conséquence que les partenaires POIAS concernés doivent en principe respecter le droit des marchés publics lorsqu'ils attribuent eux-mêmes des marchés « sur le marché » (le cas échéant également par rapport à d'éventuels sous-traitants) (art. 4 al. 1 ou art. 4 al. 4 AIMP 2019, chacun en lien avec les art. 8 et suivants AIMP 2019).

⁷⁰ Dans le domaine des accords internationaux, par exemple en tant que « collectivités de droit public » (cf. art. 3 let. f en lien avec l'art. 4 al. 1 AIMP 2019), en dehors du domaine des accords internationaux en tant que « autres entités assumant des tâches cantonales ou communales » (art. 4 al. 4 let. a AIMP 2019) ou sur la base de la « clause de subvention » (art. 4 al. 4 let. b AIMP 2019). Voir également l'arrêt du TF 2C_701/2023 du 24 juillet 2024 (prévu pour publication), ch. 7.4 avec références citées.

⁷¹ Musterbotschaft AIMP 2019, p. 39.

services public, mais il faut évaluer si une attribution directe du marché ne renforce pas d'autres prestations qui sont, quant à elles, fournies sur le marché et ne crée donc pas une inégalité de traitement pour les prestataires privés.⁷² Le message type de l'AIMP 2019 donne comme exemple que cette exception ne constitue pas un laissez-passer, par exemple, pour attribuer sans appel d'offres des marchés pour des expertises ou des tests de produits à une institution du domaine des EPF ou à des universités cantonales, dans la mesure où ces établissements fournissent également de telles prestations à des tiers en concurrence avec des prestataires privés.⁷³ Cette interdiction de distorsion de concurrence à l'égard des prestataires privés ne concerne pas seulement des prestations identiques, mais il suffit qu'il s'agisse de prestations « similaires » ; celles-ci ne doivent pas non plus être fournies en concurrence avec des prestataires privés, auquel cas, il y a lieu d'appliquer le droit des marchés publics.⁷⁴

- 69 Cette exception suppose enfin qu'aucun privé ne soit impliqué dans le prestataire de services public.⁷⁵ Les propriétaires (par exemple, les actionnaires d'une SA) doivent donc être exclusivement des collectivités publiques ou des personnes morales de droit public appartenant à la collectivité. La forme juridique n'est pas déterminante, c'est-à-dire que le prestataire de services peut, par exemple, être constitué sous la forme d'une société anonyme de droit privé, mais aucune personne privée ne doit être matériellement impliquée directement ou indirectement.⁷⁶ Bien qu'il n'existe pas de réglementation explicite en matière de droit des marchés publics à ce sujet, la doctrine considère que l'application de l'exception « Instate » n'est autorisée que sous cette condition.⁷⁷
- 70 La question de savoir si les conditions de l'exception « Instate » sont remplies est évaluée au moment de l'attribution du marché. Si les conditions ne sont plus remplies par la suite, cela compromet la concurrence libre et non faussée et nécessite une attribution du marché conforme au droit des marchés publics pour les prestations non encore obtenues respectivement pour la durée restante de ce marché.⁷⁸
- 71 Il n'est naturellement pas encore déterminé à quels prestataires de services l'OIAS attribuera des marchés. Dans le concept détaillé actuel de POIAS, l'OIAS prévoit des partenaires stratégiques tant publics que privés.⁷⁹ Une attribution directe sans passer par le droit des marchés publics n'est autorisée, selon l'exception

⁷² LUDIN, Privilegierte Vergaben, ch. 708 ss.

⁷³ Musterbotschaft AIMP 2019, p. 39.

⁷⁴ LUDIN, Privilegierte Vergaben, ch. 757.

⁷⁵ Musterbotschaft AIMP 2019, p. 39.

⁷⁶ BEYELER, Geltungsanspruch, N. 1302. Arrêt du TF 2C_701/2023 du 24 Juillet 2024 (prévu pour la publication), c. 7.3 et références citées.

⁷⁷ LUDIN, Privilegierte Vergaben, N. 689.

⁷⁸ LUDIN, Privilegierte Vergaben, N. 501, N.715.

⁷⁹ Canton de Berne, Detailkonzept Beschäftigungs- und Integrationsangebote der Sozialhilfe BIAS 2025 (état septembre 2024, la version de langue allemande a été consultée), disponible sous : <<https://www.gsi.be.ch/de/start/themen/integration/arbeitsintegration/angebote-und-anbieter.html>> [dernière visite le 1^{er} novembre 2024].

« Instate », que pour les prestataires de services ou les organisations sans participation privée, indépendamment de leur forme juridique. L'exception « Instate » ne permet cependant pas l'attribution directe de marchés à des entités privées ou à des prestataires publics ou privés qui offrent ces prestations ou des prestations similaires également en dehors de la sphère étatique sur le marché.

2. Les acquisitions « Quasi-Inhouse »

72 L'acquisition « Quasi-Inhouse » se caractérise par le fait que le prestataire de services a une personnalité juridique propre, et n'est donc pas partie intégrante de l'adjudicateur qui le mandate. L'adjudicateur contrôle toutefois le prestataire en raison des rapports de participation, de la composition des organes ou de circonstances similaires, comme s'il s'agissait de son propre service. L'échange de prestations doit, en raison de ces conditions, se dérouler au sein de la sphère étatique et les relations doivent être telles que l'adjudicateur public obtienne les prestations comme s'il les obtenait de son propre service « Inhouse ».⁸⁰

73 L'exception « Quasi-Inhouse » selon l'art. 10 al. 2 let. d AIMP 2019 pose les conditions cumulatives suivantes :⁸¹

- a. L'adjudicateur public contrôle le prestataire de services comme ses propres services (critère de contrôle) ;
- b. Le prestataire de services fournit « l'essentielle » de ses prestations à l'adjudicateur public qui le contrôle (critère d'activité, en allemand : « Tätigkeitserfordernis »).⁸²

74 Le droit des marchés publics en Suisse n'a pas concrétisé le critère d'activité (« l'essentiel de leurs prestations ») dans la loi. Selon la doctrine dominante, le prestataire de services doit réaliser au moins 80 pour cent de son chiffre d'affaires avec des marchés de l'adjudicateur qui le contrôle. A l'inverse, il ne peut exécuter des marchés pour des tiers que dans une mesure maximale de 20 pour cent.⁸³ Cette conception s'inspire à cet égard du droit des marchés publics de l'Union européenne (UE). Ce concept et la « règle des 80/20 pour cent » trouvent leur origine dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ; ils sont depuis lors également ancrés dans le droit des marchés publics européen. La Suisse s'en est inspirée, mais n'a pas repris la jurisprudence ou les prescriptions de l'UE à l'identique et de manière dynamique. Elle s'est réservé une certaine marge de manœuvre.⁸⁴ Contrairement à l'exception « Instate », le prestataire peut, dans le cadre de l'exception « Quasi-Inhouse », fournir ses prestations dans une mesure

⁸⁰ TRÜEB/CLAUSEN, OF-Kommentar, N. 21 ad art. 10 LMP.

⁸¹ Cf. Sur l'ensemble : LUDIN, Privilegierte Vergaben, N. 135 ss.

⁸² Arrêt de la CJUE C-107/98 du 18.11.1999 (Teckal), N. 50.

⁸³ Musterbotschaft AIMP 2019, p. 40.

⁸⁴ Musterbotschaft AIMP 2019, p. 40. Cf. à ce sujet Arrêt du TF 2C_701/2023 du 24 Juillet 2024 (prévu pour la publication), c. 6.1-6.3.

limitée (à hauteur de 20 pour cent du chiffre d'affaires) également sur le marché, respectivement à des tiers qui n'ont pas de contrôle sur celle-ci.

- 75 Appliqué au cas d'espèce, l'OIAS pourrait ainsi, sur la base de l'art. 10 al. 2 let. d AIMP 2019, attribuer des marchés à des partenaires POIAS ou des organisations d'insertion professionnelle, dans lesquelles le canton de Berne possède lui-même des participations et exerce un contrôle par le biais de capital ou de voix, sans passer par les procédures de marchés publics. Cette organisation devrait en outre être active à un minimum de 80 pour cent pour le canton de Berne (ou éventuellement pour d'autres actionnaires publics). À ce jour et à notre connaissance, de tels partenaires POIAS ne sont pas envisagés.

3. Résultat

- 76 En considération de ce qui a été dit, il n'est pas exclu, compte tenu des circonstances connues, que certains partenaires POIAS puissent être directement mandatés sans passer par les procédures de marchés publics, en vertu de l'exception « Instate » (art. 10 al. 2 let. b AIMP 2019), sous réserve du respect des conditions mentionnées. Cependant, une attribution directe ne peut avoir lieu que si le partenaire POIAS n'offre pas simultanément ses prestations ou d'autres prestations sur le marché en concurrence (garantie de neutralité concurrentielle). En revanche, le canton de Berne n'a, à notre connaissance, aucune participation dans aucun partenaire POIAS actuel ou du moins pas de manière à exercer un contrôle dominant sur eux ; l'exception « Quasi-Inhouse » ne s'appliquerait donc pas en raison du critère de contrôle, condition qui n'est pas remplie.
- 77 En lien avec une éventuelle attribution fondée sur les exceptions de champ d'application de l'art. 10 al. 2 let. b et let. e AIMP 2019, des questions de mise en œuvre se posent. Si plusieurs régions POIAS continuaient à être formées et dotées chacune d'un prestataire de services, la question de la sélection conforme au droit des marchés publics et neutre en termes de concurrence se poserait. Si certains prestataires de services sont mandatés sans passer par les procédures de marchés publics en raison d'une exception, tandis que d'autres sont sélectionnés dans le cadre d'une procédure d'adjudication, il faut s'assurer que les différents lots, c'est-à-dire l'attribution de marchés non-soumis au droit des marchés publics et l'attribution de marchés soumis à ce droit, soient clairement séparés (sphère étatique et sphère de marché). Il serait ainsi juridiquement inadmissible que l'organisation mandatée directement pour une région en vertu de l'exception « Instate » puisse encore participer à la procédure d'adjudication pour d'autres régions en tant que prestataire. Une démarche éventuelle fondée sur une exception doit donc être soigneusement intégrée dans le concept d'appel d'offres et prise en compte. De plus, même dans le domaine exempté, la question se pose de savoir selon quels critères parmi les prestataires de services « Instate » potentiellement intéressés et éligibles celui qui recevra le mandat sera sélectionné. Cette question se pose également si toutes les régions POIAS devaient être pourvues sans procédure d'adjudication,

mais que plusieurs partenaires intéressés remplissant tous les critères de l'exception « Instate » ou de l'exception « Quasi-Inhouse » étaient disponibles.

VI. REPONSE AUX QUESTIONS DE L'AVIS DE DROIT

78 Sur la base des explications précédentes, il convient de répondre comme suit aux questions formulées en tête de ce document et soumises à examen :

1. *Les marchés d'insertion professionnelle doivent-ils faire l'objet d'un appel d'offre et être attribués conformément aux dispositions du droit des marchés publics ?*

Oui, dans le canton de Berne, de tels marchés doivent être attribués conformément aux dispositions du droit des marchés publics, sauf exception prévue par celui-ci. Le Conseil exécutif a, dans le cadre de l'ordonnance du 17 novembre 2021 concernant l'accord intercantonal sur les marchés publics (OAIMP), étendu le champ d'application du droit des marchés publics aux marchés attribués à des organisations d'insertion professionnelle (art. 2 OAIMP), supprimant ainsi l'exception prévue dans l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP 2019) (art. 10 al. 1 let. e AIMP 2019).

2. *Question complémentaire : le droit des marchés publics s'applique-t-il à tous les marchés d'insertion professionnelle ou les programmes d'occupation et d'insertion proposés dans le cadre de l'aide sociale en sont-ils éventuellement exemptés ?*

Non. En appliquant les critères d'interprétation usuels, le présent avis de droit conclut que l'art. 2 OAIMP ne distingue pas les « marchés passés avec des organismes d'insertion socioprofessionnels » selon les domaines d'application respectifs de l'assurance-chômage, de l'aide sociale, de l'assurance-invalidité ou de l'asile et des réfugiés, et qu'il ne faut pas partir du principe qu'il existe une application différenciée du droit des marchés publics. À notre avis, il n'existe pas d'indices allant dans ce sens, même si, apparemment, seules les mesures du marché du travail de l'assurance-chômage suivaient précédemment la procédure d'appel d'offre et d'adjudication conformément aux dispositions du droit des marchés publics (ce que nous n'avons pas vérifié respectivement n'aurions pas pu vérifier).

3. *Question complémentaire : Existe-t-il éventuellement des exceptions à l'application du droit des marchés publics lors de l'attribution de marchés aux partenaires POIAS ?*

Étant donné que le canton de Berne, en mandatant des prestataires de services dans le domaine POIAS, ne poursuit pas principalement des objectifs d'utilité publique (promotion et soutien des organisations bénéficiaires correspondantes, etc.) et qu'il est probable qu'une situation de concurrence existe avec des prestataires également motivés par des considérations commerciales pour

les prestations demandées, l'exception de champ d'application de l'utilité publique (art. 10 al. 1 let. e AIMP 2019) ne peut pas s'appliquer.

Selon le partenaire POIAS, il est possible – en fonction de sa constitution, de sa finalité et de ses rapports de propriété – que les exceptions relatives aux marchés internes à l'État (art. 10 al. 2 let. b-d AIMP 2019) soient remplies, de sorte que le canton de Berne pourrait attribuer des marchés d'insertion professionnelle aux prestataires concernés sans passer par les procédures de marchés publics (dit marchés « Inhouse », « Instate » et « Quasi-Inhouse »). Il appartient au canton de décider s'il procède sur la base de ces exceptions ou s'il attribue tout de même les marchés dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres. Même en cas d'attribution exceptionnelle de marché sans application du droit des marchés publics, il doit veiller à ce qu'il n'y ait pas de distorsions de concurrence et que le principe de neutralité concurrentielle soit respecté.

Berne, le 1^{er} novembre 2024

Kellerhals Carrard Bern KIG

Dr. Christoph Jäger
Avocat

Thomas Geiger
Avocat