



Réponse du Conseil d'Etat à un instrument parlementaire

Question Didier Castella / Nadine Gobet

QA 2013-CE-30 [3126.13]

Emploi et production locale : Ecologie, formation, qualité, traçabilité, des critères d'adjudication des marchés publics peu utilisés dans le canton de Fribourg ?

I. Question

La politique doit se préoccuper d'assurer des conditions cadres optimales pour le développement des entreprises. Rappelons-le : le tissu économique suisse se compose à 99 % de PME qui occupent les deux tiers des salariés. Ces entreprises génèrent de nombreuses places de travail, forment des apprentis et assurent ainsi la relève pour notre pays. Elles sont le principal acteur contribuant à l'amélioration du pouvoir d'achat du citoyen et garantissent par l'accès à l'emploi une meilleure cohésion sociale et économique.

Les entreprises ont appris à s'adapter continuellement et à devenir plus compétitives, néanmoins, on constate que nombre d'entreprises fribourgeoises se plaignent du fait que le canton de Fribourg ne tient pas assez compte, voire pas du tout, des critères de qualité, traçabilité, écologie, formation, service après-vente, ... cités dans la loi fédérale et dans le règlement cantonal sur les marchés publics alors que d'autres cantons semblent les utiliser de manière systématique. Faciliter l'accès des entreprises locales aux marchés publics de la Confédération, des cantons et communes permet de garder un artisanat local fort et concurrentiel avec des produits dont l'origine et la traçabilité sont connues et de contribuer avec bon sens à diminuer les atteintes écologiques à notre environnement. Le scandale de la viande de cheval nous rappelle également les risques encourus lorsque la traçabilité n'est plus assurée.

Afin de fonder nos propos, nous citons 3 exemples parmi de nombreux cas :

L'affaire récente de l'adjudication des plaques d'immatriculation à une entreprise appartenant à un groupe allemand alors qu'un producteur local fournit plusieurs cantons suisses est significative. Si nos cantons voisins intègrent la formation et l'écologie dans leurs critères, ce n'est pas le cas de l'établissement de droit public OCN qui affiche pourtant en première page de son site : « De l'air, réduisons ensemble le pic de pollution ... ».

Dans le cadre de l'agrandissement du conservatoire de Fribourg, une entreprise implantée dans notre canton nous a également signifié son écœurement après avoir été écartée d'un contrat d'une valeur de 2,5 millions de pianos au profit d'un indépendant sans employé et sans structure soumissionnant au profit d'un grand groupe allemand.

L'exemple des fenêtres du Palais fédéral produites en Tchéquie s'est reproduit à moindre échelle dans les écoles primaires de Bulle. En effet, alors que plusieurs entreprises locales forment des apprentis et offrant des places de travail œuvrent dans notre canton, les portes ont été attribuées à un groupe zurichois pour une différence de prix dérisoire.

Si nous ne remettons pas en cause l'intérêt économique des marchés publics, nous rappelons que la loi a prévu différents autres critères d'adjudication que celui du prix pour justifier l'offre la plus avantageuse économiquement. Pour exemple, un service après-vente performant et moins coûteux peut justifier des économies importantes à l'exploitation (Loi fédérale sur les marchés publics) et justifier un prix d'achat plus élevé.

Dans le but de soutenir l'emploi, la formation et les compétences locales tout en garantissant un développement durable, soucieux de la défense des intérêts des entreprises fribourgeoises et de l'économie cantonale, nous demandons au Conseil d'Etat de répondre aux questions suivantes :

1. De nombreuses entreprises fribourgeoises se plaignent des pratiques cantonales en matière de soutien aux entreprises existantes notamment par la non prise en considération de critères d'adjudication prévus par la loi ; comment le Conseil d'Etat se positionne-t-il face à ces reproches ?
2. Existe-t-il une pratique, directive ou recommandation interne afin de tenir compte de ces critères ?
3. Le fonctionnement des marchés publics est complexe. Sans tomber dans une bureaucratie lourde (labels, ...) qui coûte cher aux entreprises, le canton de Fribourg serait-il prêt à établir un guide à l'intention de toutes les organisations publiques (services de l'Etat, communes, régies d'état, sociétés de droit public, ...) afin de les aider à mieux prendre en compte l'économie locale pour déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement et non seulement la meilleure marché ?
4. Nombre d'entreprises fribourgeoises jugent positivement le soutien à l'implantation de nouvelles sociétés mais estiment que la prise en considération des préoccupations des entreprises existantes est insuffisante. Le soutien à l'emploi passant également par le soutien à ces entreprises, comment le Conseil d'Etat se positionne-t-il sur ce point précis ?
5. Afin de soutenir la production locale, les critères écologiques doivent tenir compte non seulement de la distance au siège de la société soumissionnaire mais également du lieu de production du produit vendu, cet aspect est-il pris en considération dans les appels d'offre ?

7 mars 2013

II. Réponse du Conseil d'Etat

A l'instar d'autres collectivités publiques (Confédération, communes), l'Etat est amené fréquemment à adjudger des marchés publics. Il ne dispose cependant pas d'une grande marge d'appréciation compte tenu du cadre légal découlant de normes internationales et intercantionales. A cet égard, il est important de rappeler succinctement les règles essentielles régissant les marchés publics.

Buts :

Les règles sur les marchés publics ont pour but :

- > d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires ;

- > de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication ;
- > d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés ;
- > de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics.

Le soutien aux entreprises locales ne figure pas dans les buts des marchés publics. Au contraire, les pouvoirs adjudicateurs doivent s'assurer que la libéralisation des marchés prévue par la législation en matière de marchés publics ne soit pas entravée par des mesures protectionnistes.

Bases légales :

Les marchés publics sont régis dans notre canton par :

- > La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) qui oblige les cantons et les communes à publier leurs marchés de grande importance et qui interdit la discrimination entre les soumissionnaires, notamment en raison de leur domicile en Suisse ;
- > L'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) qui exécute l'accord OMC sur les marchés publics en fixant les principes généraux, notamment les genres de marchés, les types de procédure, l'interdiction des négociations et la protection juridique (droit de recours) ;
- > La loi cantonale sur les marchés publics (LMP) qui assujettit les marchés publics des communes aux mêmes règles que les marchés de l'Etat qui détermine les autorités de recours ;
- > Le règlement sur les marchés publics (RMP) qui donne les détails pour l'application de l'AIMP, notamment les types de procédure en fonction de valeurs-seuils des marchés.

Critères d'adjudication :

Les critères d'adjudication servent de base à l'attribution du marché. Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Il ne s'agit pas forcément de l'offre la moins chère, mais de celle qui répond le mieux aux critères d'adjudication tant monétaires que non monétaires (qualitatifs) préalablement définis.

Les critères suivants peuvent en particulier être pris en considération : la qualité, le prix, les délais, les coûts d'exploitation, le service après-vente, le développement durable, la convenance de la prestation, la valeur technique, la formation d'apprentis, l'esthétique, l'assurance-qualité, la créativité et l'infrastructure. L'adjudication de biens largement standardisés peut également intervenir exclusivement selon le critère du prix le plus bas.

Le Conseil d'Etat peut répondre aux questions posées par les députés Gobet et Castella de la manière suivante :

1. De nombreuses entreprises fribourgeoises se plaignent des pratiques cantonales en matière de soutien aux entreprises existantes notamment par la non prise en considération de critères d'adjudication prévus par la loi ; comment le Conseil d'Etat se positionne-t-il face à ces reproches ?

La grande majorité des marchés de construction que le Conseil d'Etat, ses Directions ou encore Services adjugent après un appel d'offres public l'est en faveur d'entreprises fribourgeoises. Parfois, ce sont les entreprises fribourgeoises elles-mêmes qui sous-traitent certains travaux (fournitures ou prestations) à des entreprises hors canton. S'agissant des gros chantiers (H189,

Pont de la Poya), seuls des travaux très spécifiques d'électromécaniques ont abouti à une adjudication à des entreprises externes, cela dans le respect des règles sur les marchés publics.

Les marchés publics sont largement favorables à nos entreprises fribourgeoises actives dans le domaine de la construction, qui se voient régulièrement attribuer des marchés publics de la part des autres cantons, voire de la Confédération. Leur savoir-faire, leur compétence et leur efficacité sont reconnus. La construction est un acte local et le fait de déplacer des hommes et des matériaux coûte cher. Dans les marchés de construction, l'Etat n'a que rarement adjugé des travaux à des entreprises provenant d'autres cantons et exceptionnellement à des entreprises européennes pour des marchés très particuliers tels que les équipements hospitaliers. Les mêmes remarques s'appliquent s'agissant des marchés de fournitures et de services.

Les principes d'égalité de traitement entre soumissionnaires et de l'interdiction des discriminations constituent des principes cardinaux des marchés publics. Le droit des marchés publics entend favoriser le développement de la concurrence et l'égalité de traitement au détriment de critères protectionnistes. Il est par conséquent exclu de tenir compte de critères tels que l'emplacement géographique, l'origine d'un produit particulier ou encore l'origine d'un candidat ou d'une entreprise. Des spécifications techniques (exemple : label) doivent être en relation stricte avec la prestation recherchée et elles ne doivent pas être utilisées dans le but de favoriser ou d'exclure un soumissionnaire ou un concept particulier sans justification matérielle.

Les documents d'appels d'offres doivent prévoir un processus permettant d'examiner l'aptitude des soumissionnaires selon des critères objectifs et vérifiables ainsi que des critères d'attribution permettant d'adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire à celle proposant le meilleur rapport qualité / prix. Le critère du prix n'est pas fixe. La jurisprudence fédérale exige que l'importance relative des critères les uns par rapport aux autres soit spécifiée dans les documents de l'appel d'offres. Cette même jurisprudence exige par ailleurs que la pondération du critère du prix par rapport aux autres critères soit d'au minimum 20 % (Arrêt du 20 novembre 1998, ATF 125 II 86). Le taux de pondération à attribuer au critère prix varie entre 20 et 100 % suivant le type de marchés (fournitures, construction, services) et son degré de complexité (cf. Annexe R du Guide romand sur les marchés publics).

Sous réserve de ce qui précède et d'une pondération adéquate, l'utilisation des critères d'adjudication autres que le prix est tout à fait légitime dans un appel d'offres, notamment en vue d'élever le niveau des prestations qualitatives. Cela étant, les critères posés ne doivent pas servir à exclure des entrepreneurs hors canton, ni, partant, à favoriser des entreprises locales, mais à choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces critères peuvent toutefois et de manière légitime avoir comme conséquence indirecte de favoriser les entreprises locales, par exemple, lorsqu'une connaissance du tissu local est nécessaire pour mener à bien l'exécution du marché.

Les critères de la qualité et du service après-vente cités par les députés sont pertinents dans le cadre des marchés qui ne portent pas sur des biens largement standardisés. Il en est de même pour les critères écologiques, qui font d'ailleurs aujourd'hui l'objet d'une nouvelle appréciation dans le cadre de la stratégie adoptée par le Conseil d'Etat en lien avec le développement durable. Cette stratégie vise à effectuer, dans les marchés de fournitures, des achats obéissant à des exigences économiques, sociales et écologiques sévères. Le critère écologique ou du développement durable qui est utilisé pour ce faire dans les appels d'offres doit toutefois, comme tous les critères d'adjudication, présenter un lien matériel avec l'objet du marché, être formulé de

manière suffisamment claire et ne pas être discriminatoire. Encore une fois, ce critère ne peut pas être utilisé pour favoriser des soumissionnaires provenant d'une région donnée.

S'agissant du critère de la formation des apprentis, celui-ci est considéré par la jurisprudence comme discriminatoire vis-à-vis des soumissionnaires étrangers lorsque les marchés sont ouverts au niveau international. D'une manière générale, ce critère est jugé comme étranger à la soumission car il n'a pas de lien, sauf exception, avec le marché mis en concurrence. Au niveau fédéral, ce critère ne peut servir qu'à départager des offres équivalentes présentées par des soumissionnaires suisses. Au niveau fribourgeois, l'utilisation de ce critère est autorisée pour les marchés de niveau suisse, à condition que sa pondération soit limitée. Les Services de l'administration intègrent dès lors généralement le critère de la formation des apprentis dans leurs appels d'offres lorsque ceux-ci sont limités au niveau suisse, avec un taux de pondération de 2 à 5 %.

En conclusion, la législation sur les marchés publics laisse certes une marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur. Celui-ci ne peut toutefois pas en abuser au risque d'exposer sa décision à son annulation par l'autorité de recours. Toutes les décisions prises par l'administration cantonale sont en effet sujettes à recours auprès du Tribunal cantonal, qui peut être saisi par tout soumissionnaire évincé s'estimant lésé par une application incorrecte du droit.

Le Conseil d'Etat souhaite encore apporter les précisions suivantes aux exemples cités par les députés Gobet et Castella.

Attribution du marché des plaques d'immatriculation

L'OCN, chargé de délivrer les plaques d'immatriculation des véhicules fribourgeois, s'adressait depuis de nombreuses années à une entreprise bulloise, pour ce marché de fournitures. Ces dernières années, l'OCN a régulièrement sensibilisé cette entreprise à la nécessité de réviser ses tarifs, relativement élevés par rapport à ceux pratiqués par la concurrence. L'entreprise bulloise a consenti à une réduction de 8 %, applicable dès 2012. Transposée aux quantités mises en soumission en 2013, cette réduction correspond à une diminution de facturation de 287 000 francs (HT) à 264 000 francs par an.

En 2012, le seuil (soit 250 000 francs) au-delà duquel une procédure d'appel offres ouverte s'avérait obligatoire a été franchi et un appel d'offres ouvert a été lancé. 4 sociétés suisses, dont l'entreprise bulloise, ont déposé une offre au début 2013. L'évaluation des offres s'est faite selon la pondération suivante : 80 % en relation avec le prix, 10 % en relation avec l'expérience dans le domaine et 10 % en relation avec le système qualité du fournisseur. En l'espèce, une pondération élevée du prix se justifiait car les fournisseurs actifs sur ce marché maîtrisent le processus de production (à des fins de normalisation, l'exécution des plaques est définie par des dispositions fédérales). Aucun travail de garantie n'est à réaliser. Le cas échéant, la plaque d'immatriculation est remplacée.

L'entreprise bulloise a déposé une offre pour un montant de 174 000 francs, correspondant une réduction d'environ 40 % par rapport aux tarifs pratiqués jusqu'en 2011. Ce faisant, elle a néanmoins obtenu le 4^e et dernier rang, compte tenu des critères d'adjudication posés et de leur pondération. C'est une entreprise zurichoise qui a obtenu le marché, avec une offre d'un montant de 158 000 francs.

En l'état, l'offre déposée par l'entreprise bulloise montre qu'elle disposait d'une liberté de manœuvre conséquente pour adapter ses prix à ceux pratiqués par la concurrence. Une baisse de tarifs plus marquée que celle qu'elle a offerte lui aurait permis de conserver le marché. Par ailleurs, en tant qu'entreprise locale, elle disposait d'un avantage par rapport à ses concurrents dans la mesure où les délais de livraison des plaques étaient similaires à ceux pratiqués jusqu'à ce jour et qu'il revient au fournisseur de supporter les frais de livraison.

L'adjudication attribuée à l'entreprise zurichoise représente une économie annuelle de 100 000 francs TTC. Cet exemple illustre l'objectif des marchés publics qui est de veiller à une utilisation parcimonieuse des deniers publics. Comme l'a relevé l'OCN dans son communiqué de presse du mois de mars 2013, celui-ci, en tant que pouvoir adjudicateur, doit affecter ses ressources en première priorité au profit de ses clients afin d'offrir un service public de haut niveau, à des tarifs compétitifs. Grâce à une gestion rigoureuse et efficace, les émoluments de l'OCN sont inférieurs de 20 à 30 % à la moyenne suisse. Dans le présent cas, tout a été fait pour maintenir une collaboration avec une entreprise locale, celle-ci n'ayant toutefois pas été en mesure d'offrir des prestations concurrentielles.

Achats de pianos au Conservatoire

En ce qui concerne les achats de pianos au Conservatoire, il y a lieu de distinguer l'achat des pianos de concert de celui des pianos d'études. Les pianos de concert peuvent être achetés de gré à gré, dans la mesure où les critères de choix peuvent être assimilés à ceux appliqués lors de l'acquisition d'une œuvre d'art. Concernant les pianos d'études, il a été procédé à une adjudication sur la base d'un appel d'offres en conformité avec la législation sur les marchés publics. Le préavis de la commission de bâtisse au Conseil d'Etat s'est fondé sur les exigences de qualité fixées par l'utilisateur, l'assurance d'un entretien des instruments par un spécialiste local agréé par le facteur et le respect du budget alloué par le Grand Conseil. Contrairement aux chiffres indiqués dans la question, l'investissement global pour les instruments se monte à 1 382 000 francs (et non 2 500 000 francs).

Fenêtres du Palais fédéral et des écoles primaires à Bulle

Ces exemples concernent des marchés publics de la Confédération, respectivement, ceux d'une commune. Aussi, il n'appartient pas au Conseil d'Etat de prendre position à ce sujet.

2. Existe-t-il une pratique, directive ou recommandation interne afin de tenir compte de ces critères ?

Il existe à l'Etat de Fribourg un centre de compétence marchés publics, actif déjà avant l'entrée en vigueur de la législation sur les marchés publics. Ce centre de compétence a collaboré à la rédaction du Guide romand sur les marchés publics. Pour les marchés de construction et de services, l'établissement de la liste des critères d'aptitude et des critères d'adjudication, avec leur pondération et le barème des notes, a fait l'objet d'un consensus entre les associations faîtières des milieux de la construction (Fédération Fribourgeoise des Entrepreneurs, FFE ; Société des Ingénieurs et Architectes, SIA ; Association fribourgeoise des métiers de la construction, AFMC) et les Services de l'administration concernés.

S'agissant du développement durable, les services de l'Etat utilisent le Guide des achats professionnels responsables des cantons de Vaud et Genève. Les Recommandations aux services

d'achat de la Confédération émises par la Commission des achats de la Confédération contiennent aussi des indications relativement détaillées sur la manière de reprendre les principes du développement durable dans les marchés publics. Les acheteurs de l'Etat ont par ailleurs suivi une formation, en février 2013, relative à l'intégration des principes du développement durable dans les appels d'offres.

- 3. *Le fonctionnement des marchés publics est complexe. Sans tomber dans une bureaucratie lourde (labels, ...) qui coûte cher aux entreprises, le canton de Fribourg serait-il prêt à établir un guide à l'intention de toutes les organisations publiques (services de l'Etat, communes, régies d'état, sociétés de droit public, ...) afin de les aider à mieux prendre en compte l'économie locale pour déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement et non seulement la meilleure marché ?***

Etant donné que des guides en matière de marchés publics existent déjà (voir réponse à la question 2) et qu'ils sont très complets et d'un abord facile, l'Etat n'envisage pas d'en élaborer de nouveaux dans ces domaines.

- 4. *Nombre d'entreprises fribourgeoises jugent positivement le soutien à l'implantation de nouvelles sociétés mais estiment que la prise en considération des préoccupations des entreprises existantes est insuffisante. Le soutien à l'emploi passant également par le soutien à ces entreprises, comment le Conseil d'Etat se positionne-t-il sur ce point précis ?***

Le droit des marchés publics offre la possibilité à un pouvoir adjudicateur de choisir directement son partenaire contractuel dans un marché où les seuils de la procédure de gré à gré ne sont pas dépassés. A ces conditions, il est tout à fait possible au pouvoir adjudicateur de solliciter une offre auprès d'une entreprise locale et c'est ce que fait l'Etat d'une manière générale. Dans le même ordre d'idée, un pouvoir adjudicateur peut solliciter des offres de la part d'au moins trois entreprises de son choix pour un marché qui n'atteint pas les seuils de la procédure sur invitation. A nouveau, les offres sollicitées par les services de l'Etat dans ce cadre le sont auprès d'entreprises locales.

Pour les autres marchés adjugés selon la procédure ouverte, il n'est pas possible, sans violer le droit, d'orienter les appels d'offres de manière à favoriser les entreprises locales. Le Conseil d'Etat relève d'ailleurs que si des critères protectionnistes étaient repris par d'autres cantons, les nombreuses entreprises fribourgeoises du secteur secondaire qui ont en permanence des mandats sur l'arc lémanique auraient beaucoup à perdre.

- 5. *Afin de soutenir la production locale, les critères écologiques doivent tenir compte non seulement de la distance au siège de la société soumissionnaire mais également du lieu de production du produit vendu, cet aspect est-il pris en considération dans les appels d'offre ?***

Les marchés publics écologiques portent sur des produits et services dont l'impact sur l'environnement est aussi minime que possible, et qui nécessitent peu de ressources naturelles au cours de leur cycle de vie. Le critère écologique peut aussi avoir un impact positif sur les coûts. En effet, un achat dicté par des considérations écologiques et dont le prix est supérieur peut s'avérer la solution la plus avantageuse si l'on considère sa durée de vie totale, par exemple grâce à une consommation d'énergie plus faible ou à des coûts d'entretien. Cela étant, le critère

écologique n'a pas été admis sans réserve par la jurisprudence, dans la mesure où il est considéré comme un critère étranger à la soumission. C'est en particulier le cas lorsque l'autorité adjudicatrice entend se fonder sur les trajets à effectuer entre le siège de la société soumissionnaire ou encore le lieu de production du produit vendu et le lieu de la prestation. Le Tribunal fédéral a jugé que s'il est exclu de prendre en compte les distances de déplacement lorsque la prestation de transport est secondaire, respectivement unique, ce afin d'éviter une discrimination des offreurs externes, une telle prise en compte est en revanche justifiée, et même souhaitable, lorsque les déplacements jusqu'au lieu où la prestation doit être effectuée sont nombreux et se déroulent sur une longue période. Dans ce cas, le critère du respect de l'environnement doit toutefois être combiné avec d'autres aspects (par exemple, la prise en considération de la charge polluante des véhicules autorisés) et le poids de ce critère ne doit pas être trop élevé, faute de quoi il s'avère discriminatoire à l'endroit des offreurs externes.

En d'autres termes, il faut que les aspects examinés au titre du critère du respect de l'environnement permettent de mettre en évidence un avantage écologique significatif ou encore clairement identifiable dans le cadre de l'exécution du marché. Le Conseil d'Etat relève que cet avantage a été dénié dans la majorité des cas par les autorités judiciaires appelées à se prononcer.

En conclusion, si le critère des déplacements des soumissionnaires est effectivement admissible dans certains cas très particuliers, son application est néanmoins complexe, compte tenu de la difficulté de mettre en évidence l'avantage écologique significatif ou clairement identifiable d'une offre par rapport à une autre. L'emploi de ce critère doit être réservé à des marchés très particuliers et ne peut pas être utilisé pour favoriser les entreprises locales.

Le Conseil d'Etat est toutefois d'avis que le transport de marchandises a des effets négatifs sur l'environnement. Aussi, une étude ayant pour thème « les critères applicables en lien avec le développement durable et le bilan carbone dans les processus d'adjudication des marchés publics » a été récemment lancée par le Service de la promotion économique. Les résultats de cette étude seront connus prochainement et intégrés, dans la mesure du possible, aux appels d'offre de l'Etat.

17 décembre 2013