

Marchés publics

Question

Dans la situation économique difficile que nous connaissons, beaucoup d'entreprises sont partiellement dépendantes des marchés de l'Etat. Si certaines d'entre elles, en particulier des petites PME, sont traitées de manière inégale, et ce malgré une situation juridique claire, on est en droit de se poser un certain nombre de questions. A l'occasion d'un appel d'offres public de l'« hôpital fribourgeois – freiburger spital » (HF) début 2009, une PME du district de la Singine a voulu soumissionner. La personne responsable pour l'HF de cet appel d'offres a indiqué à l'entrepreneur qu'il devait présenter ses documents de soumission en langue française car l'HF ne pouvait pas, en plus, s'occuper de la traduction. Cet entrepreneur n'a par la suite soumis aucune offre, car il ne voulait ni ne pouvait prendre à sa charge les coûts d'une traduction, d'autant plus que dans cette phase de la procédure, il n'était pas assuré de se voir attribuer le marché. Dans un appel d'offres sur SIMAP (système d'information sur les marchés publics en Suisse) du 15 juin 2009, ce même service a publié un nouvel appel d'offres (n° 374305) mentionnant « L'offre doit être rédigée de préférence en français et en trois exemplaires. » Mais dans le règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics, il est écrit à l'article 23 al. 3 : « [...] Les offres pour des marchés de l'Etat peuvent être rédigées dans les deux langues. [...] »

Sur la base de cet état de fait, je me pose les questions suivantes :

1. Les dispositions sur les marchés publics s'appliquent-elles également à l'HF ? Si oui : le Conseil d'Etat est-il disposé à mettre fin à la pratique actuelle de l'HF ?
2. Existe-t-il encore d'autres services de l'Etat n'acceptant que des offres en langue française (voir aussi la Feuille officielle du canton de Fribourg) ?
3. Les entreprises de la partie alémanique du canton de Fribourg, qui soumettent une offre en langue allemande, ont-elles ne serait-ce qu'une chance d'obtenir le marché ?
4. Existe-t-il des statistiques fiables sur les marchés publics du canton qui documentent si les entreprises germanophones peuvent également acquérir des marchés dans la partie francophone du canton ?

1^{er} octobre 2009

Réponse du Conseil d'Etat

Avant que le Conseil d'Etat n'aborde les différentes questions du député Tschopp, il est nécessaire de rappeler, au sujet des langues, qu'il convient de distinguer les règles sur :

- la publication de l'appel d'offre,
- la langue de procédure à proprement parler,
- la langue des documents de l'appel d'offres et celle des offres, eu égard aux règles particulières pour les procédures suivies par l'Etat.

Conformément à l'article 13 al. 1 du règlement sur les marchés publics (RMP), les appels d'offres de l'Etat sont rédigés dans les deux langues officielles. Même si le texte légal ne le mentionne pas de manière explicite, on peut partir du principe que cette règle s'applique également aux établissements de droit public ainsi qu'aux Transports publics fribourgeois (tpf) et au Groupe E (tous soumis aux règles des marchés publics selon l'art. 2 al. 1 RMP).

L'appel d'offres doit (entre autre) fixer la langue de la procédure (art. 14 let. g RMP). Le code de procédure et de juridiction administrative (CPJA) énumère aux articles 36 et 37 les règles y afférentes. Ainsi, lorsque la procédure a un rattachement territorial, elle se déroule dans la ou les langues officielles de la commune où l'objet de la procédure est situé (art. 36 al. 2 et 38 CPJA).

Les documents de l'appel d'offres doivent contenir des indications concernant la langue des offres et documents (art. 15 al. 1 let. e RMP). Bien qu'aucune réglementation explicite concernant la langue des documents de l'appel d'offres ne soit précisée, on peut admettre que ces documents doivent être rédigés dans la langue de la procédure d'adjudication. En principe, les offres doivent être soumises dans la langue de la procédure ; cependant les offres pour les marchés de l'Etat peuvent être rédigées dans l'une des deux langues (officielles) (art. 23 al. 3 RMP).

Le Conseil d'Etat apporte les réponses suivantes aux questions posées par le député Martin Tschopp :

1. Les dispositions sur les marchés publics s'appliquent-elles également à l'HF ? Si oui : le Conseil d'Etat est-il disposé à mettre fin à la pratique actuelle de l'HF ?

Le Réseau hospitalier fribourgeois (RHF, désormais : hôpital fribourgeois – freiburger spital) est un établissement de droit public doté de la personnalité juridique (art. 4 de la loi sur le Réseau hospitalier fribourgeois). En tant que tel, il exerce ses activités de manière indépendante, dans les limites de la loi. L'hôpital fribourgeois est ainsi soumis aux prescriptions sur les marchés publics (art. 1 al. 1 de la loi sur les marchés publics LMP). L'hôpital fribourgeois confirme également qu'il applique ces règles pour les marchés publics. De manière générale, les deux langues officielles sont retenues pour les appels d'offres et les offres reçues. La formule critiquée par la question, à savoir « L'offre doit être rédigée de préférence en français », sera exclue des futurs appels d'offres.

Quant à la procédure d'appel d'offres mentionnée au début de la question, l'hôpital fribourgeois n'a plus été en mesure de déterminer précisément de quel appel d'offres il s'agissait.

2. Existe-t-il encore d'autres services de l'Etat n'acceptant que des offres en langue française (voir aussi la Feuille officielle du canton de Fribourg) ?

Sur la base d'une enquête auprès des services cantonaux concernés par les marchés publics, on peut admettre que les offres sont en principe acceptées dans les deux langues officielles. Il peut néanmoins survenir que l'une ou l'autre langue soit prescrite – notamment en cas de marchés techniques très complexes (par exemple dans le domaine informatique).

En cas de procédure de recours, l'Administration cantonale et le Tribunal cantonal font preuve d'une grande flexibilité quant à la langue. Par exemple, ces dernières années, dans le domaine des travaux publics en procédure ouverte, des recours de soumissionnaires de langue allemande ont été traités (en partie jusqu'au Tribunal fédéral) en langue allemande, bien que la langue de la procédure indiquée à l'origine était le français.

Concernant les langues acceptées pour les offres, un survol des appels d'offres publiés dans la Feuille officielle ou sur la plate-forme nationale pour les appels d'offres publiques (www.simap.ch) montre que les offres sont en principe acceptées en allemand et en français. Cependant, on y trouve également des appels d'offres (en partie, seulement en langue française) qui acceptent exclusivement les offres en français (p. ex. : tpf, Feuille officielle du 18 septembre 2009 ; Groupe E, Feuille officielle du 9 octobre 2009 ; Association du Centre professionnel cantonal, Feuille officielle du 16 octobre 2009). Relevons à ce sujet que cette situation n'est pas satisfaisante. Le « Centre de compétence des marchés publics du canton de Fribourg » (dépendant de la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions) s'efforce d'informer les adjudicateurs de manière aussi complète que possible à ce sujet, afin que les appels d'offres suivent la procédure correcte et soient

publiés correctement. Cependant, chaque adjudicateur est lui-même responsable du respect de la procédure. Au sein de l'Etat, il n'existe pas de contrôle centralisé de tous les appels d'offres.

Rappelons que l'appel d'offres, s'il est contraire au droit, peut lui-même faire l'objet d'un recours (en cas d'appel d'offres de l'Etat, par recours au Tribunal cantonal – art. 15 al. 1^{bis} let. a de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics). Ainsi la protection juridique relative à la langue de l'appel d'offres, de la procédure et de l'offre est assurée d'une manière générale. Le Conseil d'Etat n'a pas connaissance d'une jurisprudence en la matière au niveau cantonal.

Le Conseil d'Etat est d'avis que la solution pragmatique qu'il a proposée le 19 août 2003 en réponse à la question 645.03 du député Markus Bapst, relative au choix de la langue des appels d'offres et des offres, respecte les prescriptions légales en vigueur et n'a en rien perdu de sa justification (Bulletin des séances du Grand Conseil, 2003, p. 1288 s.).

3. Les entreprises de la partie alémanique du canton de Fribourg, qui soumettent une offre en langue allemande, ont-elles ne serait-ce qu'une chance d'obtenir le marché ?

Le Conseil d'Etat ne dispose d'aucun indice permettant de conclure que des entreprises de la partie alémanique du canton de Fribourg, qui soumettent des offres en langue allemande, auraient été désavantagées dans l'adjudication des marchés de la collectivité publique ainsi que des établissements de droit public. Il semble plutôt que les différents services tiennent largement compte des soumissionnaires locaux dans les procédures invitant à soumissionner ou dans les marchés passés de gré à gré. Dans les procédures ouvertes également, les entreprises de la partie germanophone obtiennent régulièrement l'adjudication.

4. Existe-t-il des statistiques fiables sur les marchés publics du canton qui documentent si les entreprises germanophones peuvent également acquérir des marchés dans la partie francophone du canton ?

Il n'y a pas de collecte systématique et complète des données relatives à la langue des adjudicataires. De même, il ne serait pas aisé de définir les notions d'« entreprise germanophone » et de « marché dans la partie francophone du canton ». En effet comment faudrait-il classer, par exemple, un marché pour une entreprise sanitaire avec un actionnaire principal francophone et une direction francophone dont le siège se trouverait dans le district de la Singine pour des travaux dans une école cantonale (avec des élèves germanophones et francophones) en ville de Fribourg ? Le Conseil d'Etat doit s'en tenir ainsi à la seule déclaration qu'il existe bel et bien des entreprises germanophones qui obtiennent des marchés dans la partie francophone du canton (et aussi le contraire), mais il n'existe toutefois pas de statistique à ce sujet.

En résumé

- le Conseil d'Etat constate que les adjudicateurs concernés rédigent, pour la plupart, des appels d'offres dans les deux langues officielles et qu'ils acceptent également les offres dans les deux langues officielles ;
- le Conseil d'Etat prend aussi acte que certains adjudicateurs ne respectent pas toujours les prescriptions sur la langue des appels d'offres et celle des offres ;
- le Conseil d'Etat charge la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions de rappeler de manière ciblée aux différents adjudicateurs concernés les prescriptions légales et également de les informer de la solution proposée dans la réponse du Conseil d'Etat du 19 août 2003 à la question 645.03 du député Markus Bapst en lien avec les marchés publics et le choix de la langue de l'appel d'offres et de l'offre.

Fribourg, le 1^{er} décembre 2009