

FR_GERICHTE 602 2016 35 vom 5. April 2017

FR Kantonsgericht, 2017-04-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2016_35

FR: FR_GERICHTE 602 2016 35 du 5 avril 2017

IT: FR_GERICHTE 602 2016 35 del 5 aprile 2017

Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 20

1.1 Chef de projet 15 5 75 1.2 Suppléant du chef de projet 5 5

E. 25

Z2 Qualité de l'analyse du mandat 40 2.1 Analyse de la situation, chances, risques, facteurs de succès critiques, respect SIA 2040 20 5 100 2.2 Coordination des opérations, 10 5 50 2.3 Gestion des ressources 10 5 50 Z3 Organisation 20 5 100 Z4 Prix 20 4.1 Offre d'honoraires 10 5 50 4.2 Plausibilité du volume des prestations et de la répartition entre les différents domaines 10 5 50 Total 100% 100% 500 Parmi les documents transmis aux soumissionnaires, l'adjudicateur a intégré un document intitulé "Extension du site de Miséricorde - faculté de droit, Appel d'offres ingénieurs CVSE et technique MCRC" dans lequel les architectes exposent leur concept, notamment sous l'angle CVCRSE. Concrètement, le chiffre 2.3 indique les options retenues par les concepteurs du projet, à savoir:

Tribunal cantonal TC Page 3 de 23 2.3 Physique du bâtiment, installations CVSE et système MCR D'après l'article 23 du règlement d'application de la loi sur l'énergie du canton de Fribourg, «les bâtiments publics neufs [...] doivent répondre aux critères correspondant à l'octroi du label Minergie-P ou Minergie-A, conformément au règlement d'utilisation de la marque de qualité définie par l'Association Minergie, ou à des critères équivalents.» Etant donné, la grande surface vitrée du bâtiment, le label Minergie-P ne pourra pas être atteint. Le projet doit respecter le cahier technique 2040 de la SIA (la voie SIA vers l'efficacité énergétique, édition 2011) ainsi que le label Minergie-A. La voie SIA vers l'efficacité énergétique: Dans son «Modèle énergétique pour la construction», la SIA préconise d'asseoir le parc immobilier suisse sur un fondement durable et d'exploiter intelligemment les ressources en énergie. Tous les ouvrages situés sur le territoire suisse devront être rénovés ou construits à neuf de manière à réduire au minimum leur consommation d'énergie fossile et leurs émissions de gaz à effet de serre. En outre, l'éventail des nouvelles technologies innovantes et des mesures utilisant les énergies renouvelables devra être élargi. À cet effet, les objectifs de performance énergétique SIA définissent, sur la base d'une analyse énergétique globale, des valeurs cibles et indiquent le chemin à suivre pour construire conformément au modèle de la société à 2000 watts. Sa principale nouveauté est de formuler des valeurs cibles pour les émissions de gaz à effet de serre. En raison de leur impact sur le climat, ces émissions sont une grandeur environnementale essentielle, dont l'importance est équivalente à celle de l'énergie primaire

non renouvelable. Proposition de concept énergétique (proposition des architectes juin 2015) Les architectes proposent d'assurer le refroidissement et le chauffage du bâtiment de manière combinée par des pompes à chaleur (pouvant fonctionner également en mode machine frigorifique) reliées à un circuit géothermique. Le circuit géothermique combiné aux pompes à chaleur réversibles permettront de chauffer et refroidir le bâtiment, ainsi que de refroidir les différentes installations techniques (local serveur, onduleur, monobloc de ventilation et autres installations techniques produisant de la chaleur). Leur énergie sera soit valorisée dans le bâtiment, soit stockée dans le terrain. Conformément aux informations communiquées par le géologue (F. _____), le terrain se prête à accueillir des sondes géothermiques, de préférence du côté nord sur la partie campo. En ce qui concerne les installations sanitaires, les eaux pluviales seront récupérées pour approvisionner les WC. Installations de chauffage / production de chaleur L'énergie pour le chauffage du bâtiment pourrait être issue de la récupération de l'énergie dissipée par les machines de froid servant à refroidir le data center. Ces machines frigorifiques seront réversibles. Elles peuvent fonctionner en mode pompe à chaleur pour produire du chaud et / ou en mode machine frigorifique pour produire du froid. Elles seront reliées à un circuit de sondes géothermiques disposées sur le site entre le nouveau bâtiment et l'Université Miséricorde. En fonction de la demande d'énergie du chauffage et de la ventilation, l'énergie dissipée par les machines frigorifiques sera utilisée pour satisfaire la demande de chaleur. Sondes géothermiques Les pompes à chaleur réversibles seront raccordées à un ensemble de sondes placées sur le site. Ce champ de sondes permettra de prélever l'énergie du sol pour la transmettre dans le terrain au bâtiment, mais également d'évacuer de l'énergie du bâtiment pour la restituer dans le sol. Les futurs ingénieurs CVSE feront un avant-projet pour dimensionner la quantité de sondes nécessaires, puis des forages d'essais permettront de définir le nombre ainsi que la profondeur exacte des sondes géothermiques. Ventilation Le traitement d'air primaire permettra un préchauffage et un filtrage de l'air, ainsi qu'une récupération d'énergie. Le ventilateur primaire distribuera l'air aux différents appareils secondaires pour le traitement final. Lors de ce traitement,

Tribunal cantonal TC Page 4 de 23 l'air sera chauffé, filtré et distribué aux différents locaux dans les étages. L'emplacement de la prise d'air neuf et du refoulement d'air vicié devra être coordonné avec les ingénieurs CVSE. Les futurs ingénieurs CVSE dimensionneront les installations de ventilation en tenant compte des informations transmises par les membres de la COPRO. Le concept de distribution d'air dans le bâtiment sera développé conjointement entre les architectes et les futurs ingénieurs CVSE. Actuellement le parking est ventilé naturellement. La reconstruction du parking présuppose que ce système sera accepté par les autorités compétentes. Une vérification devra être effectuée d'ici la fin de l'avant-projet. Désenfumage Il conviendra de planifier une installation de désenfumage pour les auditoriums. Les architectes coordonneront avec les ingénieurs CVSE l'emplacement du ventilateur de désenfumage. En ce qui concerne les autres locaux, l'ingénieur sécurité indiquera les surfaces nécessaires de désenfumage en façade pour la bibliothèque, les architectes coordonneront avec l'ingénieur électricien un système d'ouverture automatique de la façade. Les cages d'ascenseurs seront aérées conformément aux directives AEAI et aux directives de l'ECAB. Refroidissement En fonction de la capacité du terrain à accueillir de l'énergie thermique, il conviendra de prévoir une installation de refroidissement. Dans le cas où un tel système était nécessaire, il serait utilisé essentiellement pour le refroidissement du data center et de ses onduleurs. B. Formé des bureaux B. _____ SA, C. _____ SA et D. _____ Sàrl, le consortium intitulé "A. _____" a déposé une offre pour un

montant net de CHF 1'321'769.-. Ce soumissionnaire a été invité à un audit le 12 janvier 2016 au cours duquel certaines précisions quand à son offre lui ont été demandées par les mandataires techniques de l'adjudicateur. C. Par décision du 16 février 2016, le Conseil d'Etat a adjugé les prestations du planificateur général CVCRSE pour la phase d'étude, SIA 4.31 (CFC 294) au bureau E._____ AG pour un montant de CHF 142'776. Pour l'ensemble du marché, l'adjudicataire a déposé une offre pour un montant net de CHF 1'797'012.-. Au terme de l'appréciation multicritère, celle-ci a obtenu un total de 418 points contre 374 pour l'offre du consortium A._____ qui vient en deuxième rang sur les 14 offres évaluées. Le tableau d'analyse multicritère se présente comme suit:

Tribunal cantonal TC Page 5 de 23 Le 22 février 2016, le Service des bâtiments a notifié la décision d'adjudication ainsi que le tableau d'analyse multicritère aux soumissionnaires non retenus. Sur requête de A._____, une séance de clarification s'est tenue le 29 février 2016 avec le Service des bâtiments. Le 1er mars 2016, ce service a informé le soumissionnaire que, suite aux explications fournies, son offre avait été corrigée sur les évaluations CFC 298.1 relatives aux références du chef de projet et de son suppléant, mais que la note pour le critère Z1 "Qualification des personnes-clés" demeurait inchangée en raison de l'arrondi au demi-point. D. Agissant le 7 mars 2016, le A._____ a contesté devant le Tribunal cantonal la décision d'adjudication du 16 février 2016 dont il demande l'annulation sous suite de frais et dépens. Il conclut principalement à l'adjudication en sa faveur des prestations du planificateur général chauffage-ventilation-climatisation-sanitaire-électricité (CVCRSE) pour la phase d'étude, SIA 4.31 (CFC 294). Subsidiairement, il requiert le renvoi du dossier au Conseil d'Etat pour reprise de la procédure dans le sens des considérants. A l'appui de ses conclusions, le recourant se plaint tout d'abord d'une violation du principe de l'utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 let. d et 13 let. f de l'accord intercantonal du 24 novembre 1994 sur les marchés publics [AIMP; RSF 122.91.2]) et du principe de la transparence (art. 1 al. 3 let. c AIMP). A son avis, l'adjudicateur aurait omis de mentionner à E._____ AG A._____

Tribunal cantonal TC Page 6 de 23 l'avance tous les critères d'adjudication qui seraient pris en considération et ne les aurait pas suffisamment précisés relativement à leur importance. Le critère Z2 "analyse du mandat" est le plus important avec une pondération de 40% alors qu'il est mentionné en deuxième position. De plus, dès lors qu'une telle analyse est naturellement comprise dans tout mandat d'ingénieurs CVSE, ce critère est difficilement compréhensible, étant rappelé que toutes les analyses sur la physique du bâtiment ont déjà été adjugées. Le recourant souligne que, dans le "formulaire 5" de son offre, il a développé sur quatre pages son analyse du mandat, selon les points exigés par l'adjudicataire; de plus, il a transmis nombre de références concernant des ouvrages similaires, de sorte que l'adjudicateur pouvait raisonnablement se rendre compte, au vu des dites références, que le critère "analyse du mandat" était rempli et que le consortium, de par ses nombreuses réalisations, était qualifié pour ce mandat. Dans la mesure où il lui a été déclaré lors de l'audience de clarification du 29 février 2016 que l'adjudicataire avait été au-delà de ce qu'on attendait des soumissionnaires, le recourant affirme que l'examen des offres doit se faire uniquement en regard des critères tels que précisés dans l'appel d'offres et pas en comparaison avec un autre soumissionnaire. Le recourant critique également la pondération des critères d'adjudication. Il estime discutable d'avoir attribué une pondération de seulement 20 % au prix et d'avoir augmenté le critère de l'analyse du mandat à 40 % alors

qu'il n'appartient pas aux ingénieurs CVSE de revoir de bout en bout le projet initial sur lequel se sont penchées des dizaines de sociétés actives dans tous les domaines de la construction. En outre, s'agissant du prix, le recourant conteste le sous-critère "plausibilité du volume des prestations et de la répartition entre les différents domaines", en raison de sa subjectivité, qui permet à l'adjudicataire de voir sa note artificiellement remonter sur le critère du prix. En réalité, pour le recourant, sa soumission a été évincée, alors qu'elle était plus avantageuse que celle de l'adjudicataire sous l'angle du prix et qu'elle en était proche sur les plans de la compréhension du projet, de sa démarche et de l'approche technique; sur ces critères, la différence n'est en effet que de 1 point, sans que les sous-critères du critère "analyse du mandat" ne soient précisés. Le recourant invoque également une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents. Rappelant que les documents d'appel d'offres exigeaient la production de références relatives à l'exécution de deux projets comparables avec le mandat prévu, durant les 5 dernières années, il constate que l'adjudicateur lui a reproché d'avoir fourni des références pour des mandats qui ne concernaient pas des bâtiments publics (références G._____ et H._____). Le recourant estime que ne retenir que ces deux références l'a pénalisé dès lors que toutes les autres références concernaient les ouvrages d'écoles et d'université. De plus, les deux projets G._____ et H._____ étaient techniquement plus complexes en matière CVS que le mandat faisant l'objet de l'appel d'offres. Une telle notation traduit une constatation inexacte des faits pertinents de la part de l'autorité qui aurait dû en premier lieu se baser sur les références nombreuses et identiques au mandat de la Faculté de droit. Le recourant indique également qu'il a obtenu une note 4 sur le point organisation Z3. Il fait valoir qu'il a présenté deux organigrammes et qu'il a développé ce point dans l'analyse du mandat, sous chiffre 2 "coordination des opérations, calendrier", dans les trois premiers paragraphes de ce point. En attribuant un 4, l'adjudicateur n'a vraisemblablement pas pris en considération ces éléments de fait, pourtant partie intégrante de l'offre.

Tribunal cantonal TC Page 7 de 23 Le recourant se plaint aussi d'une violation de l'art. 31 du règlement cantonal du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11) au motif que l'autorité intimée n'a adjugé que la phase de l'avant-projet alors que tous les soumissionnaires ont présenté une offre complète pour tout le marché. Du moment qu'il est acquis que toutes les autres phases seront également adjugées à l'intimée, le recourant ne comprend pas pourquoi l'adjudication ne concerne pas l'entier du projet. Il n'a pas été prévu dans les documents d'appel d'offres que le marché serait partagé. Enfin, le recourant invoque un vice de forme (art. 24 RMP) dès lors que le tableau d'ouvertures des offres du 27 novembre 2015 est incomplet puisqu'il ne contient pas les noms des personnes présentes, mais uniquement le nom des sociétés soumissionnaires. Le nom des représentants de l'Etat n'est pas inscrit. E. Le 17 mai 2016, la DAEC a déposé, au nom du Conseil d'Etat, ses observations sur le recours dont elle conclut au rejet dans la mesure de sa recevabilité. Elle indique que l'autorité n'a pas divisé le marché. Elle a bien adjugé le marché global, mais à limité le montant de l'adjudication à CHF 142'776.- afin de rester dans les limites du crédit disponible, tout en s'assurant que le projet puisse aller de l'avant dans des délais raisonnables. Seul un crédit d'étude a été admis à ce jour par le Grand Conseil. Le solde des prestations ayant fait l'objet de l'appel d'offres sera libéré dès que le Grand Conseil aura voté le crédit d'engagement. L'autorité conteste toute informalité dans la communication des critères d'adjudication. De plus, elle estime que les critiques quand à la place et l'ordre dans lequel les critères étaient énumérés devaient faire l'objet d'un recours contre l'appel d'offres et sont donc irrecevables au stade actuel de la procédure. De plus, compte tenu de la

pondération expressément indiquée, il importe peu que le critère Z2 ait été indiqué en deuxième rang. La simple lecture des critères permettait de se rendre compte de l'importance accordée à la qualité du mandat. Il n'y avait aucune ambiguïté. S'agissant de la manière dont l'autorité a apprécié l'offre du recourant sur le critère Z2, il est rappelé que trois experts ont été appelés à se prononcer sur les trois sous-critères indiqués. Il ressort de leurs constatations que si, à la première lecture, le recourant a produit une analyse correcte du dossier, il apparaît après approfondissement, que son approche manquait de substance et de cohérence (elle ne tient pas compte de la situation du bâtiment et minimise le confort estival). La pondération du sous-critère 2.1 "Analyse du mandat" a pris tout son sens puisqu'il a permis de distinguer la qualité du dossier lauréat, bien structuré, respectueux du bâtiment et sensible aux opportunités techniques. Chaque dossier a été analysé en fonction de son contenu propre, puis a été évalué sur la base de critères identiques pour tous les concurrents. Il n'y a pas eu de comparaison entre les dossiers lors des évaluations. La DAEC relève que le groupe d'experts a décidé d'attribuer la note de 3.5 au titre du critère Z2. Cette note se fonde sur les documents de l'offre et les règles établies dans le tableau "grille d'évaluation des critères d'adjudication". Les références fournies dans le formulaire 3 n'ont pas influencé l'évaluation du critère Z2. L'autorité intimée souligne que l'offre de l'intimée ne dépasse en rien les attentes et les analyses du collègue d'expert démontrent en quoi les deux dossiers d'offres sont différents et justifient des notes différentes. Par ailleurs, la DAEC estime que la contestation de la pondération des critères est tardive car elle aurait dû être déposée contre la décision d'appel d'offres et non pas contre la décision d'adjudication. Il est donc irrecevable de contester le poids de 20% seulement accordé au prix.

Tribunal cantonal TC Page 8 de 23 Quoi qu'il en soit, l'autorité pouvait considérer le marché comme étant très complexe et valoriser les aspects qualitatifs. Elle a estimé que les enjeux énergétiques majeurs du projet lui commandaient, en vertu de son devoir d'exemplarité, de jouer un rôle précurseur tant dans le domaine de l'économie d'énergie, de l'augmentation de l'efficacité énergétique que de l'utilisation et de l'encouragement des énergies renouvelables. En l'occurrence, ce devoir d'exemplarité s'applique à la production de chaleur, ainsi qu'à l'installation de chauffage et de production d'eau chaude. C'est dans l'application de ce devoir d'exemplarité et dans l'application de la loi sur l'énergie que réside la notion de complexité de cet édifice, qui impose une tâche difficile aux mandataires. Rappelant le coût important de la construction, estimé à 100 mio de francs, et les défis techniques et technologiques posés par l'édifice, la DAEC souligne que le fait d'avoir favorisé la recherche de la qualité s'imposait. Dans un contexte de maîtrise des coûts, l'autorité ne pouvait ignorer que, selon les principes techniques adoptés dans les soumissionnaires, tout changement subséquent aura forcément des conséquences importantes. A titre d'exemple, le recourant prévoyait uniquement une aération naturelle pour ventiler et rafraîchir les locaux de la Faculté de droit, sauf les auditoriums. Pour un bâtiment entièrement vitré, situé en plein centre-ville entre la gare CFF et l'Avenue de l'Europe, un concept ne prévoyant que des ouvrants en façade de la cour intérieure s'avère pratiquement impossible à mettre en œuvre afin d'assurer un confort d'utilisation acceptable. Cela signifie d'emblée que des compléments d'étude seront nécessaires et que le concept devra être révisé. Il en va de même lorsque le recourant annonce pouvoir satisfaire les exigences du label Minergie-A, avec notamment des besoins en électricité essentiellement couverts par les capteurs solaires implantés en toiture. Un simple calcul permet de se rendre compte que la surface à disposition sur le toit ne permettra pas d'assurer la production nécessaire et que les propositions conceptuelles sont insuffisantes pour atteindre les objectifs visés. A l'inverse,

le lauréat a par exemple déjà été jusqu'à suggérer des solutions pour régler certains conflits potentiels entre le concept architectural et les distributions horizontales et verticales des différentes techniques du bâtiment. Encore plus pour les bâtiments complexes, le rôle de l'ingénieur est d'accompagner l'architecte dans toutes les démarches, très en amont du projet, afin de former une véritable équipe de projet. Le fait d'avoir accordé une pondération de 20 % au critère du coût des prestations a permis de confier ce mandat à l'un des deux bureaux dont la note du critère qualité était la plus élevée. En l'occurrence, une pondération différente aurait abouti à confier le mandat au recourant dont il a été vu que le concept comportait des lacunes. En ce qui concerne l'appréciation des références, et s'appuyant à nouveau sur le tableau "Grille d'évaluation des critères d'adjudication" - qui prévoit expressément une déduction pour une référence relative à un autre ouvrage qu'un bâtiment public -, l'autorité constate qu'elle s'est fondée sur les indications figurant sur le formulaire 4 de l'offre pour attribuer les notes. Celles-ci l'ont été en toute objectivité. Pour ce qui est de l'organisation du recourant, la DAEC rappelle qu'il était attendu des soumissionnaires qu'ils indiquent notamment les comités prévus. Le tableau "Grille d'évaluation des critères d'adjudication" prévoit la déduction d'un point en cas d'indications manquantes des séances. En l'occurrence, ces indications ne figuraient pas dans l'offre. S'agissant de la violation alléguée de l'art. 31 RMP, il est indiqué que le marché n'a pas été partagé, bien que l'adjudication actuelle ne porte que sur l'avant-projet, dès lors que le solde des prestations sera adjugé une fois le crédit d'engagement voté par le Grand Conseil. De plus, le projet de contrat de mandataire joint aux documents d'appel d'offres prévoyait cette situation sous le titre "Conditions générales de contrat de mandataire de la KBOB", chiffre 18.6.

Tribunal cantonal TC Page 9 de 23 Enfin, la DAEC rejette le grief de vice de forme dès lors que, conformément à l'art. 24 RMP, le tableau d'ouverture des soumissions porte le sceau du Service des bâtiments qui est daté du

E. 27

novembre 2015. De plus, le même sceau est parafé de deux signatures de personnes représentant l'Etat de Fribourg, soit, celle de I. _____, responsable pour le dépôt des offres, et J. _____, de la société K. _____ mandaté par le Service des bâtiments. Les faits décrits par le recourant sont donc faux. F. Le 7 juillet 2016, le recourant a déposé des observations spontanées sur la détermination de la DAEC du 17 mai 2016. Rappelant que son offre arrive en deuxième position, il estime avoir qualité pour recourir contre l'adjudication litigieuse puisque, dans l'hypothèse d'une admission du recours, il obtiendrait le marché. Sur la question de la précision des critères dans les documents d'appel d'offres, le recourant maintient qu'ils sont trop généraux et qu'il n'est pas possible de garantir une authentique concurrence sur cette base. Les concepts techniques n'avaient pas à se prononcer sur la physique du bâtiment et d'autres éléments qui ont été pris en compte par les experts. Leur démarche n'est pas cohérente par rapport aux documents d'appel d'offres. Les soumissionnaires n'ont jamais obtenu une grille d'évaluation de l'analyse avec des critères maximaux et minimaux, qui aurait dû être communiqués aux participants au plus tard après le contrôle des offres. En l'occurrence, pour une pondération de 40 %, l'argumentation des experts est insuffisante et tous les critères d'adjudication n'ont pas été mentionnés par avance. En ce qui concerne le sous-critère 2.1, le recourant soulève que le premier expert a relevé une fausse impression de cohérence en souhaitant une valeur d'un indice thermique, qui n'est pas demandée dans l'appel d'offres. Le second relève des incohérences et une minimisation de la problématique du confort estival, ce qui est pourtant clairement un sujet

de la physique du bâtiment et dont l'étude n'a pas été exigée. Le troisième expert, de langue maternelle allemande, parle d'une bonne analyse et de bonnes bases, mais souhaite des solutions plus concrètes qui n'ont pas non plus été demandées dans l'appel d'offres. Partant, la motivation ayant conduit à l'octroi des notes est opaques et ne correspond pas aux critères annoncés. Par ailleurs, le recourant estime que, malgré leurs affirmations, les experts ont difficilement pu juger chaque dossier séparément sans comparaison. Dans ses observations, la DAEC a d'ailleurs procédé de la sorte en comparant les différentes solutions. Il n'y a donc pas eu égalité et neutralité dans l'appréciation des offres. Procédant ensuite à quelques comparaisons entre la présente procédure et une autre parallèle concernant la Bibliothèque cantonale, le recourant relève diverses contradictions de son point de vue pour affirmer que l'analyse des offres aurait été effectuée de manière arbitraire. Revenant sur la pondération des critères, le recourant conteste que le marché justifie une pondération du prix limitée à 20 %. Il estime également que certaines affirmations provenant de l'analyse de son offre sont erronées. Il indique que le bâtiment complet est équipé d'une ventilation mécanique pour atteindre le standard Minergie A. Le dossier propose une aération naturelle pour les locaux, sauf pour les auditoriums, uniquement pour le rafraîchissement. Des capteurs solaires (techniques ou hybrides) doivent en outre être posés sur la toiture et en façade pour atteindre le standard Minergie A. Enfin, aucun nouveau concept n'a été demandé dans l'appel d'offres. Cela signifie qu'il ne peut y avoir des lacunes du concept, qui a été clairement défini dans les documents d'appel d'offres, les soumissionnaires devant précisément en faire une analyse.

Tribunal cantonal TC Page 10 de 23 En ce qui concerne les références, le recourant estime qu'il est incompréhensible que l'adjudicateur se soit limité à des bâtiments publics et universitaires. Il n'y a pas de motif de se limiter à ces deux catégories, qui pénalisent les ingénieurs fribourgeois. Le recourant fait valoir que la description des séances essentielles et de l'organisation est clairement mentionnée dans le chapitre 2 "coordination des opérations, calendrier", sous le critère Z2. G. Suite à la demande du recourant de pouvoir consulter l'offre de l'adjudicataire, le Juge délégué a pris contact avec cette société pour savoir si elle était d'accord avec cette communication. Le 17 novembre 2016, celle-ci a fait savoir qu'elle était d'accord, sous réserve de réciprocité, avec une transmission des formulaires 5 et 6 de son offre, le reste du dossier devant rester confidentiel. Le 18 novembre 2016, le document "grille d'évaluation des critères d'adjudication" a été communiqué au recourant. Le 13 décembre 2016, il a reçu les formulaires 5 et 6 de l'offre de l'adjudicataire. La demande du recourant d'obtenir les formulaires 3 et 4 a été rejetée, vu la position claire de l'adjudicataire. H. Le 19 janvier 2017, le recourant a déposé des observations complémentaires. Constatant que les documents de l'adjudicataire sont en allemand, ce qui est autorisé par la procédure d'appel d'offres, il estime que les experts, deux francophones et un alémanique, n'ont pas été capables d'analyser les différents travaux avec des critères égaux. Il fait valoir que les experts et le service des bâtiments ont contrôlé les dossiers de manière superficielle en donnant clairement l'avantage à une présentation simplifiée (tableaux) sans détails prépondérants. A son avis, les critiques des trois experts démontrent une incohérence du collège d'experts et de leur notation. Les experts 1 et 2 et l'expert 3 n'ont pas compris la signification des éléments très importants et très techniques des différents dossiers. La compréhension des dossiers d'une langue à l'autre n'a pas été maîtrisée. Pour le recourant, les reproches du jury démontrent que les documents du recourant n'ont pas été lus attentivement et qu'une évaluation très succincte a été faite. Les remarques d'un manque de profondeur et de cohérence du formulaire 5 de l'offre par rapport

à celui du lauréat sont injustifiées. Les tableaux présentés par ce dernier ne sont pas complets et laissent beaucoup de place pour des interprétations. Procédant à un commentaire de la solution de l'adjudicataire, le recourant critique en détail les choix de sa concurrente. En définitive, il estime que les reproches selon lesquels il n'aurait pas été assez critique vis-à-vis du projet architectural sont injustifiés dès lors que l'adjudicataire ne l'a pas été non plus. Pour la coordination des opérations et le calendrier, le lauréat reste, à son avis, très vague, imprécis et sans solutions concrètes. Le recourant critique la proposition d'organiser un workshop de 2 x 2 jours. Cette approche est uniquement nécessaire pour des sociétés qui ont de la peine à fournir un travail coordonné de qualité, ce qui n'est pas le cas du recourant. Ce dernier propose une approche avec des concepts, des descriptifs, des schémas et des plans avec validation par étapes, ce qui est nettement plus rationnel et constructif. Le recourant affirme que, contrairement aux critiques du jury, son dossier est beaucoup plus étoffé et complet que celui du lauréat. Ses textes sont précis et clairs et ne laissent pas de place pour des interprétations subjectives. Leur structure de l'analyse reprend tous les points demandés par l'appel d'offres, ce

Tribunal cantonal TC Page 11 de 23 qui n'est pas le cas pour le dossier de l'adjudicataire. De l'avis du recourant, les mêmes reproches peuvent être faits à la notation de son offre sous l'angle de la qualification des personnes clés et des références. En définitive, le recourant demande que ses notes soient ajustées de la manière suivante: Z1: 4 au lieu de 3, Z2: 4.5 au lieu de 3.5, Z3: 5 au lieu de 4. I. Le 6 mars 2017, le Juge délégué a communiqué au recourant une copie du tableau Excel d'évaluation comparative des offres par le comité d'évaluation ainsi que les remarques dudit comité (cf. document "UNI_FR__TECHDATA_Bewertung Angebote UNI_FR last") en lui impartissant un délai de 10 jours pour déposer d'éventuelles observations. Le 17 mars 2017, le recourant s'est déterminé en reprenant pour l'essentiel les critiques formulées le 19 janvier 2017. Il a relevé à cette occasion une incohérence dans le calcul des points ressortant du document Excel. Par lettre du 20 mars 2017, le Juge délégué a informé le recourant que l'incohérence constatée était due à une erreur technique qu'il avait commise dans les documents Excel (la suppression de diverses colonnes concernant d'autres soumissionnaires pour des raisons de confidentialité avait faussé les calculs des points) et a communiqué un tableau complet et désormais cohérent du calcul des points. en droit 1. a) Déposé dans le délai et les formes prescrits, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 2 al. 1 de la loi cantonale du 11 février 1998 sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1). Du moment que l'offre du recourant vient en seconde position dans l'appréciation des soumissions et considérant que le consortium recourant conclut à l'attribution du marché, on doit admettre qu'il a en principe qualité pour agir (ATF 141 II 14 consid. 4). L'admission de ses griefs pourrait théoriquement conduire à une adjudication en sa faveur. b) Selon l'art. 16 al. 1 AIMP, le recours devant le Tribunal cantonal peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) et pour constatation inexacte des faits (let. b). Le Tribunal cantonal ne revoit pas le grief d'inopportunité (art. 78 al. 2 du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative; CPJA; RSF 150.1 et art. 16 al. 2 AIMP). De plus, selon l'art. 96a CPJA, l'autorité de recours examine avec retenue les décisions d'une autorité à laquelle la législation accorde une large marge d'appréciation (al. 1). Tel est le cas en particulier des décisions relatives à l'évaluation du travail, des aptitudes et du comportement d'une personne (al. 2, let. a). c) Dans le cadre de l'instruction du recours, l'intimée a accepté, sous réserve de réciprocité, de communiquer les formulaires 5 et 6 de son offre (analyse du mandat et organisation) au recourant. En

revanche, elle a refusé que les formulaires 3 et 4 (références du soumissionnaire et références des personnes-clés) le soient.

Tribunal cantonal TC Page 12 de 23 Selon l'art. 11 let. g AIMP, un traitement confidentiel des informations vis-à-vis des concurrents est garanti lors de la passation des marchés. Cela vaut également en principe dans le cadre de la procédure devant l'instance de recours (ATF 139 II 489 consid. 3.3 et les références). Or, des informations concernant les références, notamment en lien avec des collaborateurs déterminés, peuvent clairement avoir un caractère confidentiel. Dès l'instant où - ainsi que cela sera démontré ci-dessous (cf. consid. 8) - la notation des références ne joue aucun rôle déterminant dans la présente affaire, l'intérêt du recourant à consulter les références de son concurrent ne prime pas celui de l'adjudicataire au respect de la confidentialité des informations contenues dans son offre (arrêt TF 2C_890/2008 du 22 avril 2009 consid. 5.3.3). En réalité, au sujet des références, les griefs du recourant ne concernent pas tant le contenu de l'offre de son concurrent que la manière dont ses propres références ont été appréciées. Pour le surplus, avec la communication complète de l'offre technique, le recourant a disposé de tous les éléments nécessaires pour défendre valablement ses droits. 2. Constatant que l'adjudication porte uniquement sur le mandat d'avant-projet (phase SIA 4.31) alors que le marché mis en soumission concerne l'ensemble des travaux CVCRSE liés au projet de construction de la Faculté de droit (phases 4.31 à 4.53), le recourant se plaint d'une violation de l'art. 31 RMP sur le partage du marché. Ce faisant, le recourant perd de vue qu'en l'occurrence, le marché n'est en aucun cas partagé. Comme il le relève lui-même, la société intimée obtiendra à terme l'adjudication de l'ensemble des prestations CVCRSE. Peu importe qu'actuellement, seuls les travaux liés à la phase 4.31 soient prévus. Le projet de contrat KBOB qui fait partie des documents d'appel d'offres énonce clairement cette exécution échelonnée dans le temps sous chiffre 3 (phases partielles à réaliser) et sous chiffre 18.6 des conditions générales (fin anticipée du contrat). Le fait que l'adjudication ne porte en l'occurrence que sur la phase 4.31 plutôt que sur tout le marché relève d'une approche prudente de l'adjudicateur qui ne veut pas s'engager avant de disposer formellement des crédits. Même si la démarche est surprenante - dès lors que le chiffre 18.6 des conditions générales permet justement une fin anticipée du contrat en cas de refus des crédits - cela ne change rien à la portée claire de l'attribution du marché en cause, qui obéit aux règles de procédure applicables à l'ensemble des prestations mises en soumission. Le recourant ne s'y est d'ailleurs pas trompé. Au-delà du texte du dispositif de la décision d'adjudication, il ne fait pas de doute que l'engagement de l'adjudicateur concerne la globalité du marché CVCRSE pour un montant net TTC de CHF 1'797'012.-. Néanmoins, conformément au chiffre 3 du projet de contrat, par la signature du contrat, seule la réalisation de la phase partielle de l'avant-projet est autorisée, par CHF 142'776.-. 3. a) Le recourant tente ensuite de remettre en cause la pondération du critère du prix Z4 qui a été fixée à seulement 20 % en estimant que cette démarche a pour effet de vider de sa substance le principe d'utilisation parcimonieuse des deniers publics et celui de l'offre économiquement la plus avantageuse. Il critique également le sous-critère 4.2 "plausibilité du volume des prestations et de la répartition entre les différents domaines" en estimant que cet artifice affaiblit encore plus le poids du prix et relève de la pure subjectivité. Il conteste aussi l'importance, exagérée selon lui, accordée au critère de la qualité d'analyse du mandat Z2 qui entre pour 40 % dans l'appréciation des offres.

Tribunal cantonal TC Page 13 de 23 b) Selon la jurisprudence, les documents d'appel d'offres font partie intégrante de l'appel d'offres, de sorte que, pour autant qu'ils soient facilement reconnaissables, les vices les affectant doivent en principe être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure, dans le délai de dix jours dès leur remise (ATF 130 I 241 consid. 4.2; 125 I 203 consid. 3a). En outre, même dans les cas où il n'aurait pas l'obligation de saisir immédiatement le juge, le soumissionnaire qui constate une irrégularité dans le déroulement de la procédure d'appel d'offres reste tenu, en principe, de la signaler sans attendre à l'adjudicateur, au risque d'adopter un comportement contraire aux principes de la bonne foi et de la sécurité du droit (ATF 130 I 241 consid. 4.3; arrêt TC FR 602 2012 134 du 19 avril 2013) c) En l'occurrence, la pondération du critère du prix Z4 (qui comprend également le sous-critère 4.2) ressort clairement du tableau des critères d'adjudication que les soumissionnaires ont reçu avec les documents d'appel d'offres. Cette spécificité de la procédure d'adjudication saute aux yeux d'emblée et dans toute son ampleur à la simple lecture dudit tableau. Il apparaît en outre que, dans un autre marché auquel participent deux des trois entreprises du consortium recourant, une démarche semblable a été utilisée quant à la pondération du prix. Partant, conformément au principe de la bonne foi, le recourant aurait dû attirer l'attention de l'adjudicateur sur le problème qu'il soulève avant de saisir la juridiction cantonale (cf. dans le cas similaire d'une pondération du prix: arrêt TF 2P.225/2005 du 27 avril 2006 consid. 3.1). Par ailleurs, même s'il était avéré, le défaut lié à une pondération insuffisante du prix n'a pas pour effet de rendre nulle l'attribution du marché. Il ne constitue pas un vice de procédure fondamental qui rendrait impossible une adjudication et qui devrait être pris en considération quel que soit le stade où se trouve la passation du marché (arrêt TC FR 2A 1999 15/16/17 du 18 juin 1999, 602 2011 24 du 27 juin 2011). Partant, n'ayant pas contesté en temps utile la décision d'appel d'offres qui fixait la pondération du critère du prix Z4, le recourant est forclos pour agir contre la décision d'adjudication en tant qu'elle met en œuvre ce critère. d) Il en va de même s'agissant du critère Z2 (qualité de l'analyse du mandat). Dans ce cas également, le recourant a attendu la décision d'adjudication pour contester la pondération d'un critère qui lui a été communiquée avec les documents d'appel d'offres. Il ne peut donc pas remettre en question cette pondération dans le cadre de la décision d'adjudication. Peu importe au demeurant que le critère Z2, avec son importance de 40 %, figure en deuxième position dans le tableau des critères d'adjudication. L'ordre d'importance requis par l'art. 15 let. i RMP n'est pas déterminant lorsque, comme en l'espèce, la pondération précise et chiffrée des critères est indiquée expressément et de manière indiscutable dans la présentation des critères. Dans une telle circonstance, on ne saurait reprocher à l'adjudicateur d'avoir mentionné ses critères dans un ordre différent, en ne commençant pas avec l'analyse du mandat Z2, mais avec les qualifications des personnes-clés Z1. Même si elle avait été recevable, la critique du recourant à cet égard relève du formalisme excessif. e) C'est en vain également que le recourant affirme que des sous-critères - qu'il ne précise pas - n'auraient pas été communiqués en temps utile. Il ressort des documents d'adjudication que tous les critères et sous-critères utilisés ont été transmis avec leur pondération dans les documents d'appel d'offres.

Tribunal cantonal TC Page 14 de 23 f) Il apparaît ainsi que les critiques du recourant concernant l'admissibilité des critères d'adjudication et des vices de forme dans les documents d'appel d'offres sont soit irrecevables soit sans pertinence. 4. Le tableau d'ouverture des offres montre par ailleurs que cette phase préliminaire s'est déroulée conformément aux règles de l'art. 24 RMP. Cette pièce a été munie du sceau du Service des

bâtiments, datée et parafée par la signature de deux représentants de l'Etat. 5. Pour le surplus, l'essentiel du recours se résume à une contestation de la mise en œuvre des critères d'adjudication. A cet égard, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté lors de l'adjudication. L'appréciation de l'autorité de recours ne saurait donc se substituer à la sienne, de sorte que la Cour de céans n'interviendra qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation. De même, l'évaluation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication n'est revue qu'avec une retenue particulière, parce qu'elle suppose souvent des connaissances techniques, qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres présentées par les soumissionnaires et qu'elle comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part de l'adjudicateur. Sur ce point, le pouvoir d'examen de l'autorité de recours est pratiquement restreint à l'arbitraire (cf. ATF 125 II 86 consid. 6; arrêts TF 2D_15/2011 du 31 octobre 2011; 2D_34/2010 du 23 février 2011 consid. 2.1; 2D_87/2008 du 10 novembre 2008 consid. 2). Au niveau cantonal, cette restriction du pouvoir d'examen est exprimée à l'art. 96a CPJA, déjà cité (consid. 1b). 6. a) Le recourant critique sous divers points de vue la mise en œuvre du critère Z2 Qualité de l'analyse du mandat. Il estime qu'en raison du caractère très vague du critère, la notation par les experts est empreinte de subjectivité. Il souligne qu'une analyse du mandat est effectuée pour chaque projet et qu'elle fait donc partie de l'activité normale de l'ingénieur. Il serait ainsi inutile de l'exprimer spécialement et il suffirait d'examiner les réalisations citées en référence pour se rendre compte de la valeur du soumissionnaire. En l'occurrence, le recourant estime avoir démontré ses compétences techniques par ce simple biais. De plus, dans le cas particulier, l'appréciation de la qualité de l'analyse du mandat ne se serait pas faite selon les critères énoncés sous chiffre Z2, mais en procédant à une comparaison des offres des différents soumissionnaires. Le recourant se plaint que les experts ont attribué les notes sur la base d'une appréciation sommaire des solutions proposées en se bornant à émettre quelques critiques générales, totalement insuffisantes pour justifier une différence de notation. Dans son écriture du 19 janvier 2017, le recourant affirme que, pour des questions de compréhension du langage, les experts auraient noté différemment son offre en français et celle de l'adjudicataire en allemand. Comparant dans le détail l'appréciation de son offre et celle de son concurrent, le recourant entend démontrer des incohérences chez les experts et affirme sous divers angles que le point de vue de ceux-ci est erroné. b) En premier lieu, il convient de constater que, contrairement aux critiques du recourant, la notation du critère Z2 ne se fonde pas exclusivement sur les quelques remarques spéciales formulées par les experts. L'adjudicateur a établi une grille d'évaluation des critères d'adjudication, de sorte que la notation se comprend comme une combinaison entre les remarques des experts et les indications figurant dans la grille d'évaluation. De plus, les remarques des experts comportent à la fois leur position individuelle et interne (avant séance du comité d'évaluation) et leur position commune (après séance du comité d'évaluation). Pour le critère Z2, cette grille a la teneur suivante:

| | | | | | | | | | | |
|--|--|-------------|---|-----------------------|------------------|-------------------------|---|---|---|---|
| Tribunal cantonal TC | Page 15 de 23 | Pondération | Note resp. | degré de satisfaction | 5 | 4 | 3 | 2 | 1 | 0 |
| Critères d'adjudication | Très élevé | élevé | suffisant | insuffisant | Très insuffisant | Ne peut pas être évalué | | | | |
| Z2 qualité de l'analyse du mandat | 40 | 2.1 | Analyse de la situation, chances, risques, facteurs de succès | | | | | | | |
| 20 | Les quatre thématiques sont traitées de manière cohérente, en lien avec les prestations demandées, avec des solutions claires et une approche globale et critique. Le texte représente environ une page A4 | | | | | | | | | |
| Déduction d'un point pour chacun des manquements suivants: | --par thématique non traitée - traitement non spécifique aux prestations demandés, phrases génériques (déduction par thématique) - pas de proposition | | | | | | | | | |

de solution (analyse générique) - manque de pertinence ou solution inapplicable - Texte plus court qu'une demi-page A4 pas d'information ou informations fragmentaires 2.2 Coordination des opérations, calendrier 10 L'approche du soumissionnaire pour la coordination de la planification et de la réalisation, ainsi qu'un planning général, sont présentés sous forme de schémas ou textes clairs et compréhensibles. Le soumissionnaire a éventuellement indiqué les points critiques Déduction d'un point pour chacun des manquements suivants: Utilisation de présentation générale, non spécifique aux prestations demandé (par thématique, selon appréciation) Enoncé pas clair (par point-clé, selon appréciation) Enoncé visiblement inadéquat (par point-clé, selon appréciation) Manque d'analyse critique (de manière générale) pas d'information ou informations fragmentaires 2.3 Gestion des ressources 10 Avis compréhensible et pertinent traitant des thématiques des coûts d'investissement et d'exploitation, du cycle de vie et de l'efficacité énergétique, du point de vue technique et spécifique au projet. Il est attendu du soumissionnaire une approche innovante et pragmatique au regard de ces thématiques Déduction d'un point pour chacun des manquements suivants: -par thématique non traitée - Utilisation de généralité, lieux communs, non spécifique aux prestations demandées (par thématique, selon appréciation) -Enoncé pas clair (par point-clé, selon appréciation) - Enoncé visiblement inadéquat (par point-clé, selon appréciation) - Manque d'analyse critique (de manière générale) - Raisonnement ou argumentation manquante (de manière générale) pas d'information ou informations fragmentaires Il est réservé des déductions pour les combinaisons croisées non décrites pour les manquements à déterminer et à discuter en séance de comité d'évaluation. En lien avec cette grille et dans un document interne de préparation de la décision, les experts ont individuellement donné les notes et les appréciations suivantes pour le critère 2.1: Expert 1 Expert 2 Expert 3r Team 3 Donne une fausse impression de cohérence: dans le détail, ne l'est pas forcément toujours (indice thermique 0kWh/m2an !) 3 Au premier abord, l'analyse peut paraître pertinente. Plus on avance, plus on se rend compte des incohérences. Ne tient pas compte de la situation du bâtiment. Minimise la problématique du confort estival. 3 Gute Analyse, gute Grundlagen, in den konkreten Lösungsansätzen wenig bis kaum überzeugend Recourant

Tribunal cantonal TC Page 16 de 23 4 Structure bien les priorités, respecte le bâtiment, bonne sensibilité à la fois aux opportunités techniques et aux aspects de la gestion du projet et de la communication aux parties prenantes 4 Approche très intéressante et structurée. Un complément d'analyse sur les aspects climatiques et confort en fonction des affectations aurait été un plus 5 Gut strukturiert, bringt wesentliche konzeptionelle und prozessbedingte Vorgehensfragen auf den Punkt Adjudicataire Il ne faut cependant pas oublier que, selon le document KBOB "Dispositions sur la procédure d'adjudication des prestations de mandataire", chiffre D.6.2, communiqué avec les documents d'appel d'offres, ce ne sont pas les experts qui ont le dernier mot en matière technique, mais le comité d'évaluation, auquel ils font partie avec d'autres représentants techniques du Service des bâtiments, du Service de l'énergie et des architectes mandatés. Dans le cadre de la séance du comité d'évaluation, ses membres se sont mis d'accord pour attribuer définitivement les notes et appréciations suivantes (cf. document "UNI_FR__TECHDATA_Bewertung Angebote UNI_FR last" tableau Excel, sous team 2 et team 8): Pour le consortium recourant (team 2) ZK 2 Auftraganalyse (Formular 5) 2.1 Vorgehenskonzept Toutes les thématiques que suffisamment traitées (plutôt une "explication" qu'une "analyse") avec quelques solutions concrètes, y compris réflexions pour la phase chantier 3 2.2 Ablaufkoordination und Terminplanung Approche de la coordination adéquate, mais générale, pas de présentation

de planning, analyse sommaire 3 2.3 Umgang mit Technologie Approche adéquate, mais très générale. 4 Pour l'adjudicataire (team 8) ZK 2 Auftraganalyse (Formular 5) 2.1 Vorgehenskonzept Gut und logisch erläutert 5 2.2 Ablaufkoordination und Terminplanung Konkrete Vorschläge, etwas oberflächlich 4 2.3 Umgang mit Technologie Ausführungen sinnvoll, aber knapp und zum Teil fragmentarisch 3 c) Tel qu'il a été conçu, le sous-critère 2.1 est essentiellement un critère "ouvert" qui requiert non seulement une étude systématique du futur mandat, mais également une vision prospective des solutions qui devraient être mises en œuvre au profit du mandant. Dans ce cadre, il faut rappeler que les soumissionnaires disposaient déjà du concept CVCRSE établi par les architectes. Contrairement à ce qu'affirme à plusieurs reprises le recourant dans ses écritures, cette situation n'impliquait en aucun cas de tenir pour établi et intangible le concept qui était soumis. Il tombe sous le sens que l'analyse requise par l'adjudicateur, spécialement du point de vue des risques et des chances, supposait une approche critique des soumissionnaires, qui devaient se positionner de manière globale sur les questions concernant le domaine CVCRSE. Dans un cadre "ouvert", il incombe à chaque participant de déterminer jusqu'où il veut porter son analyse. Il peut s'en tenir strictement à son activité, la considérant comme subordonnée aux concepts existants, ou avoir une approche plus intéressante pour le mandant qui consiste à intégrer dans les risques les difficultés prévisibles qui découleront précisément des concepts existants, notamment en lien avec la solution architecturale choisie. Contrairement à ce que prétend le recourant (écritures du 7 juillet 2016), il n'était pas attendu qu'il fasse un nouveau concept, mais qu'il mette en évidence, en tant que spécialiste, les éventuelles difficultés liées aux idées déjà émises par les architectes.

Tribunal cantonal TC Page 17 de 23 Si, au bénéfice de ce qui précède, on examine le formulaire 5 du recourant sous son chiffre 1 "Analyse de la situation, chances, risques, facteurs de succès, critiques, respect SIA 2040", il faut constater que l'intéressé a repris et paraphrasé largement le concept des architectes qui lui avait été communiqué avec les documents d'appel d'offres. Ainsi qu'il le souligne lui-même, il n'a pas examiné les données avec un regard critique, mais s'est borné à les admettre comme un fait donné intangible. Si l'analyse du recourant constitue une retranscription correcte du concept de base, il lui manque à l'évidence une dimension prospective supplémentaire, qui différencie un travail suffisant d'un autre méritant un note plus élevée. Dans cette optique, on ne saurait reprocher aux experts d'avoir déploré un manque de profondeur de l'analyse du mandat et l'absence de solutions pratiques. L'essentiel de ce que le recourant a indiqué est déjà contenu dans le concept et il n'a pas apporté de véritable plus-value. Concrètement, ainsi que les experts l'ont constaté, l'analyse de la situation faite par le recourant est largement descriptive, sans mise en perspective avec les problèmes prévisibles de réalisation du concept. Elle énonce des généralités, sans grand intérêt (par ex.: "Une attention particulière au bien-être des utilisateurs (enseignants, élèves, services techniques) est à considérer"). Les mêmes constatations s'appliquent à l'analyse des chances et risques. Des phrases du type "Il est important de planifier des systèmes simples, efficaces et peu onéreux à l'investissement et au fonctionnement" ne sont que de peu d'utilité. S'il est évident que l'on ne peut pas exiger du soumissionnaire qu'il énonce sur deux pages A4 le détail de la planification qu'il sera appelé à fournir dans le cadre du mandat soumis à l'appel d'offres, le maître de l'ouvrage voulait au moins des pistes de réflexion qui démontrent une prise de conscience claire du rôle dévolu au futur adjudicataire. Ainsi que les experts l'ont indiqué, le recourant s'est cantonné dans une "explication" plutôt que dans une "analyse". Ce qu'il dit n'est pas faux, mais il manque toute une dimension prospective que l'adjudicateur attendait pour apprécier

la qualité de son futur mandataire. L'allusion faite à l'organisation de chantier allait dans ce sens, mais n'est qu'un élément isolé dans une mer de généralités. Il n'est pas contestable que le recourant n'a pas procédé à une véritable analyse des risques et chances du mandat, mais à un simple commentaire du concept qui lui était soumis. Cette constatation est particulièrement frappante lorsqu'il entend examiner le respect de la norme SIA 2040. L'essentiel de sa démonstration n'est qu'une redite du contenu des exigences Minergie-A et les éléments concrets montrant une prise de conscience réelle du défi posé par les buts énergétiques du maître de l'ouvrage sont rares. Or, même si, comme il l'affirme dans son recours, le recourant est conscient de ce défi, cette attitude ne ressort pas du texte vaseux qu'il a élaboré dans le formulaire 5. Dans ce sens, l'appréciation du comité d'évaluation qui a attribué une note 3 correspondant à un travail suffisant ne concrétise aucun excès ou abus de son vaste pouvoir d'appréciation. A titre individuel, un expert a reproché au recourant de n'avoir pas tenu compte de la situation du bâtiment et d'avoir minimisé la problématique du confort estival. Il n'est pas contestable que le recourant n'a pas établi de lien entre l'emplacement de l'objet, au centre ville, et ses conséquences CVCRSE. Il s'est contenté de rappeler la future implantation du bâtiment de manière purement descriptive. Pour ce qui concerne le confort estival, il s'est limité à dire que "la protection solaire est cependant très importante à l'entre-saison et en été" et a indiqué qu'il fera des simulations pour effectuer les meilleurs choix des matériaux de l'enveloppe et des différents revêtements intérieurs. Une telle approche est bien maigre pour prétendre à une notation dépassant le niveau "suffisant" de satisfaction. Dans le même contexte, le recourant a indiqué que, sous l'angle du rafraîchissement, et à l'exception du data center, du local des onduleurs et des auditoriums, toutes les autres zones ne

Tribunal cantonal TC Page 18 de 23 doivent pas être équipées de refroidissement mécanique. Il se propose à nouveau d'effectuer une simulation pour dimensionner les débits, tout en indiquant que la grande cour intérieure du bâtiment et les ouvrants en façade sont idéaux pour le fonctionnement de ce système d'aération naturelle. Nonobstant l'éventuelle imprécision des observations de l'autorité intimée qui, selon le recourant, aurait confondu rafraîchissement et ventilation, les experts attendaient clairement une approche plus active sur l'aération naturelle, compte tenu précisément de l'emplacement du bâtiment au centre ville et de sa structure en verre. Le recourant n'a pas répondu à cette attente et s'est contenté de prétendre que la solution reprise du concept des architectes était suffisante pour faire face au problème du rafraîchissement en été. Cette attitude passive n'est pas suffisante pour justifier une note supérieure à 3, tout au moins n'est-il pas déraisonnable de le prétendre. A l'inverse, l'intimée ne s'est pas limitée de paraphraser le concept figurant dans les documents d'appel d'offres. Compte tenu de la place à disposition sur le formulaire 5, elle n'avait certes pas la possibilité de développer des solutions qui feront l'objet du mandat à adjuger, mais elle a donné quelques pistes de réflexion qui vont au-delà de ce qui était déjà disponible. Choissant une présentation synthétique sous forme de tableaux, elle a exprimé les grandes orientations qu'implique le mandat. Ainsi, elle a regroupé son appréciation de la situation sous 5 thèmes principaux et pour chaque thème a posé les risques et chances qu'elle voit dans le mandat. Cette approche claire dénote d'emblée une prise de conscience du défi énergétique et pose une cartographie précise des domaines d'intervention. Le niveau de banalités et de platitudes est beaucoup plus faible que chez le recourant. Malgré la concision qu'implique nécessairement la présentation d'un tableau, les thèmes sont traités de manière plutôt proactive. L'adjudicataire voit déjà les risques qu'implique le raccordement des équipements en lien avec la qualité architecturale du

projet. De la même manière, en matière de couplage géothermique (Geo-Koppelung), tout en soulignant le prix élevé des sondes, elle relève que le projet tel qu'il est conçu offre une base idéale pour le chauffage/refroidissement géothermique (Geo-Heating-Cooling) avec une utilisation minimale d'énergie primaire pour autant que les surfaces de chauffage et de refroidissement puissent être maximisées. Sous l'angle photovoltaïque, elle rappelle le risque que le toit ne soit que partiellement disponible pour les panneaux solaires et propose de minimiser l'importance du toit pour couvrir les besoins énergétique. Elle avance l'idée d'installer des batteries pour améliorer l'efficacité des panneaux. Elle aborde également le thème d'une aération hybride, qui laisserait à l'utilisateur la possibilité d'ouvrir les fenêtres, tout en proposant de réduire les besoins en énergie primaire par une aération naturelle. En matière de régulation, elle avertit des coûts d'investissement qu'implique une automatisation outrance qu'elle propose de minimiser par une régulation et une conduite fine de l'installation. Pour atteindre l'efficacité voulue par la norme SIA 2040, elle a rappelé, dans un second tableau, que la recherche de solutions esthétiques idéales pouvait porter atteinte au principe de la séparation des systèmes (statique du bâtiment, enveloppe du bâtiment, technique du bâtiment) impliqué par la norme et a proposé la mise en place d'une logique claire d'installation qui n'entre pas en conflit avec la statique. En lien avec la haute flexibilité voulue pour les locaux, elle a souligné la nécessité de créer des réserves d'espace dans les zones centrales et de transition et a insisté sur la collaboration intégrale avec la direction de projet (Kernteam) pour atteindre une flexibilité adéquate. Elle a constaté que l'aménagement ouvert des locaux limite le nombre des zones de transition et des autres possibilités de distribution de la technique du bâtiment, ce qui implique aussi le développement d'une logique claire d'installation. Se fondant ensuite sur les plans mis à disposition, l'adjudicataire a proposé quelques variantes de raccordements verticaux et horizontaux pour les équipements.

Tribunal cantonal TC Page 19 de 23 En d'autres termes, à la différence du recourant qui s'est embourbé dans des phrases creuses et qui a noyé les quelques idées proactives qu'il avait dans des généralités, l'intimée a posé de manière claire sa position face au mandat. On peut bien sûr discuter de telle ou telle orientation choisie par l'intimée et il ne fait pas de doute que sa présentation des thèmes est sujette à de nombreuses interprétations. Cela ne change rien à la constatation principale faite par les experts selon laquelle l'intimée a posé une analyse globale et complète du futur mandat, dont elle a cerné de manière claire les enjeux. Elle a posé des jalons qui vont au-delà du concept qui lui était fourni par les architectes pour tenter de définir son rôle dans le cadre du projet général. Cette attitude proactive contraste avec celle, passive, du recourant, qui n'a cessé de répéter dans ses écritures qu'il n'avait aucun motif de revoir le concept, objet de son analyse. Ce faisant, malgré un texte clair qui demandait d'énoncer les risques et les chances, il n'a pas compris les attentes de l'adjudicateur. Comparée à l'analyse du recourant, celle de l'adjudicataire se situe sans conteste à un niveau supérieur. De plus, contrairement aux affirmations du recourant, la comparaison des offres est restée dans le cadre fixé par le sous-critère d'adjudication 2.1. Comme il a été dit, ce critère "ouvert" – qui n'a pas été contesté en temps utile – est large. Il laisse une grande liberté à l'adjudicateur et à ses auxiliaires, qui devaient dès lors non seulement apprécier chaque offre pour elle-même, mais aussi comparer les offres entre elles, spécialement la première et la deuxième, pour déterminer la meilleure. Il va sans dire également que, dans une telle démarche, l'aspect subjectif de l'appréciation ne peut pas être gommé. En l'état, il a été vu ci-dessus qu'il est resté à un niveau admissible. Partant, l'attribution de la note 3, soit 60 points, au recourant et de 5, soit 100 points, à

l'intimée au titre du critère 2.1 reste dans les limites reconnues à l'adjudicateur. d) En ce qui concerne le sous-critère 2.2 "coordination des opérations, calendrier", le recourant a obtenu la note 3, soit 30 points, contre la note 4, et 40 points, à son concurrent. Ainsi que le recourant l'a souligné dans ses écritures, la différence essentielle entre les deux offres au point 2.2 tient au fait que l'adjudicataire a proposé l'organisation d'un workshop d'environ 2x2 jours. Pour le reste, les deux soumissionnaires s'en sont tenus à des généralités et ont admis sans discussion le planning proposé dans les documents d'appel d'offres. La proposition concrète d'organiser un workshop a visiblement plu aux experts et à l'adjudicateur. Les critiques sur ce point du recourant, qui estime qu'un tel événement ne vise qu'à cacher une impréparation, n'ont pas pour effet de rendre déraisonnable le point de vue de l'adjudicateur, qui reste libre, sans arbitraire, de trouver utile ce type de préparation et de coordination entre les divers intervenants du chantier. La différence de notation qui se fonde sur un élément objectif n'apparaît ainsi pas contraire au droit. e) S'agissant de la mise en œuvre du sous-critère 2.3 gestion des ressources/de la technologie, le recourant ne critique pas la note de 4 (40 points) qu'il a obtenue. Il se borne à critiquer la prestation de l'adjudicataire, pour affirmer que les systèmes informatiques proposés par celle-ci diminuent rarement les risques et ne favorisent pas souvent non plus la transparence dans une planification complexe. Le recourant estime que le tableau présenté par sa concurrente est très succinct et serait un simple copier/coller d'un autre appel d'offres. Il perd de vue que le comité

Tribunal cantonal TC Page 20 de 23 d'évaluation a accordé à l'intimée la note de 3 "suffisant" en estimant que si les propositions en elles-mêmes étaient judicieuses, elles étaient cependant sommaires et en partie fragmentaires. Dans ces conditions, du moment que l'essentiel des critiques a été pris en considération par l'autorité, on ne voit pas en quoi la notation de 3 serait arbitraire. Partant, la Cour n'a aucun motif de modifier la notation du sous-critère 2.3 chez l'adjudicataire. En conclusion, il apparaît que l'autorité n'a pas appliqué de manière contraire au droit le critère Z2, formé des trois sous-critères examinés ci-dessus, en attribuant 130 points arrondis à 140 points (note 3.5 arrondie à la ½) au recourant et 170 points arrondis à 180 points (note 4.5) à l'adjudicataire. f) Les appréciations portées par le recourant dans ses mémoires du 19 janvier et du 17 mars 2017 sur l'offre de l'adjudicataire ne modifient pas cette constatation. Ainsi que cela a déjà été dit, le recourant s'est borné à se substituer à l'adjudicateur pour évaluer de son point de vue la valeur des propositions de son concurrent. Il en ressort bien sûr qu'il n'a pas le même regard que l'autorité intimée. Toutefois, au stade du recours devant le Tribunal cantonal, il ne suffit pas de poser des affirmations techniques pour renverser l'avis de l'adjudicateur et de ses experts. Il faudrait pour le moins étayer celles-ci par des éléments de preuve, ce que le recourant s'est bien gardé de faire. Du moment que la position de l'autorité intimée peut raisonnablement s'appuyer sur le dossier, c'est en vain que le recourant oppose son point de vue au sien. g) Il faut constater également que les reproches du recourant concernant l'absence de maîtrise des langues par les experts ne sont pas établis. Il apparaît au contraire que l'avis des deux experts francophones et celui de l'expert alémanique sont concordants. Au demeurant, il ne faut pas confondre le document interne dans lequel les experts se sont prononcés individuellement et la position commune du comité d'évaluation qui ressort du document d'appréciation des offres. Le fait que, dans ses observations, l'autorité intimée ait mentionné le contenu du document interne (qui portait la mention "confidentiel") visait à expliquer plus en détail l'appréciation des experts, mais ne modifie rien à la position commune adoptée après délibération du comité d'évaluation. Il ne saurait dès lors y avoir

contradiction entre les experts. 7. a) Au titre du critère Z3 "organisation", le soumissionnaire devait présenter son organisation et sa structure, ainsi que celle de ses sous-mandataires, en indiquant les noms et fonctions des personnes prévues pour l'exécution du contrat et l'organisation de projet choisie, les comités prévus, le mode de gestion des conflits et les facteurs de succès critiques. Selon la grille d'évaluation des critères, la note maximale de 5 était attribuée à une présentation complète de la structure organisationnelle du soumissionnaire, y compris tous les membres du planificateur général et les sous-traitants en indiquant tous les chefs de projets, chefs de projets adjoints et autres ressources en personnes. Il était attendu du soumissionnaire une description de toutes les séances essentielles, des méthodes de règlement de conflit ainsi que des facteurs critiques du succès concernant l'organisation. Il était prévu la déduction d'un point pour chaque manquement aux exigences susmentionnées. En l'occurrence, le comité d'évaluation a attribué une note 4 au recourant en constatant qu'il manquait l'indication des séances. b) Le recourant conteste cette appréciation en indiquant que la description des séances essentielles et de l'organisation est clairement mentionnée dans son formulaire 5 sous le critère Z2, sous-critère 2.2 "coordination des opérations, calendrier".

Tribunal cantonal TC Page 21 de 23 Du moment que l'appel d'offres exige des soumissionnaires qu'ils remplissent des formulaires précis et individuels pour chaque critère, il est douteux qu'on puisse opposer à l'adjudicateur des informations qui auraient été fournies dans un autre formulaire que dans celui qui est requis pour le critère en cause. On ne peut pas attendre de l'adjudicateur qu'il épluche les offres, souvent très volumineuses, pour voir si, par hasard, une réponse à une question se trouve ailleurs que dans le formulaire attendu. Même si l'on devait admettre que, pour traiter le critère Z3 auquel le formulaire 6 est expressément consacré, l'adjudicateur devait en réalité prendre en considération le formulaire 5, il faut constater que, dans ce document, l'intéressé s'est limité à indiquer que "les séances de coordination CVSE hebdomadaires internes, avec participation du chef de projet, permettent un suivi rapproché, coordonné et efficace des points à traiter. Le contact principal avec les architectes sera assuré par le chef de projet". Si, ce faisant, le recourant a bien indiqué quelque chose au titre des séances, ses explications sont très sommaires et générales. Il ne peut pas sérieusement prétendre avoir cerné toutes les séances essentielles générées par le projet ainsi que cela était demandé. A titre de comparaison, l'adjudicataire, qui a obtenu la note 5, a présenté un canevas complet des séances à prévoir en distinguant celles qui impliquent le maître de l'ouvrage et la direction centrale du projet (Kernteam), celles qui font intervenir la direction centrale et le planificateur général sur les questions d'architecture, de technique du bâtiment et de statique, et les séances de l'équipe technique (Fachteam) qui regroupent les architectes, les spécialistes en technique du bâtiment et ceux qui s'occupent de la statique. Pour chaque type de séance, l'intimée a prévu l'objet de celle-ci ainsi que sa fréquence prévisible. On peut certes discuter, comme le fait le recourant, sur la fréquence des certaines séances. Cela ne change rien au fait que l'approche de l'adjudicataire est nettement plus complète que celle du recourant et mérite une différence de traitement. Au vu de ce qui précède, l'autorité intimée n'a pas commis un abus ou un excès de son pouvoir d'appréciation en attribuant les notes qui ont été décernées dans le cadre du critère Z3. 8. Reste à examiner le critère lié aux qualifications des personnes-clés Z1. a) Dans les documents d'appel d'offres, le maître de l'ouvrage a indiqué qu'il attendait des références relatives à l'exécution de 2 projets comparables avec le mandat prévu (en particulier du point de vue des prestations de mandataire CVCRSE pour un grand projet) durant les 7 dernières années. Il était possible d'indiquer des objets de référence à la

réalisation desquels les personnes- clés ont largement contribué alors qu'elles travaillaient pour un autre employeur ou qui font partie des références du soumissionnaire. Concrètement, les références fournies par les soumissionnaires ont été appréciées en fonction des différentes spécialités CVCRSE, à chaque fois pour le chef de projet et pour son suppléant. Des notes ont ainsi été attribuées pour l'ingénieur électricien (CFC 293), pour l'ingénieur CVC (CFC 294), pour l'ingénieur sanitaire (CFC 295), pour l'ingénieur en automation du bâtiment (CFC 297) et pour le responsable de la gestion technique du bâtiment (CFC 298.1). Selon la grille d'évaluation des critères d'adjudication, il a été prévu d'attribuer la note 5 lorsque, notamment, les 2 références concernent des bâtiments de l'université avec un montant de travaux de plus de 30 mio de francs et lorsque les 2 références concernent des projets réalisés selon un standard énergétique élevé. La note 4 est attribuée, entre autre, lorsque une des références est un

Tribunal cantonal TC Page 22 de 23 autre type de bâtiment public ou si un des bâtiments ne répond pas à un standard énergétique élevé; la note 3 est décernée en cas de cumul des défauts précédant ou lorsqu'une des références n'est pas un bâtiment public. En application de cette grille d'évaluation, aussi bien le recourant que l'adjudicataire ont été pénalisés sur la notation de toute une série de personnes-clés parce que certaines références produites ne concernaient pas des bâtiments publics et ne répondaient donc pas aux attentes de l'adjudicateur. b) Contrairement aux affirmations du recourant, rien n'interdisait par principe au maître de l'ouvrage d'exiger en priorité des références CVCRSE relatives à des universités ou à des bâtiments publics et de baisser la note si le soumissionnaire se limitait à des références concernant d'autres types de construction. Ne connaissant pas nécessairement les ouvrages privés cités par les concurrents, il pouvait, sans arbitraire, décider de concentrer son choix sur les références qui, a priori, sont les plus proches de ce qu'il entend construire. Cela étant, il incombait à l'adjudicateur d'indiquer clairement aux soumissionnaires ce qu'il attendait d'eux. Or, à la lecture des documents d'appel d'offres, ceux-ci pouvait raisonnablement comprendre qu'ils devaient déposer des références pour un bâtiment comparable sous l'angle CVCRSE et non pas sous l'angle de sa typologie. Cette imprécision dans les documents d'appel d'offres a totalement modifié les références produites par les soumissionnaires et a faussé la mise en œuvre de ce critère. De bonne foi, ces derniers ne pouvaient pas deviner, sur la base des documents d'appel d'offres, ce que voulait l'adjudicateur. Ce défaut n'a pas pour effet cependant de modifier le résultat de l'adjudication. En effet, comme il a été dit, l'adjudicataire a été pénalisé quasiment tout autant que le recourant. Si l'on devait corriger l'appréciation des références en ne tenant pas compte de la typologie publique ou non des bâtiments, cette correction aurait pour effet d'améliorer non seulement la note du recourant, mais aussi celle de l'adjudicataire, qui serait ainsi supérieure aux 70 points déjà reçus. Partant, même avec une notation maximale de 100 points pour le critère Z1, le recourant ne parviendrait pas à rattraper son retard intermédiaire de 34 points (348-314) sur l'adjudicataire résultant des autres critères et à obtenir la première place, qui reste à l'entreprise E. _____ AG. 9. Mal fondé, le recours doit ainsi être rejeté. La demande d'octroi de l'effet suspensif (cause 602 2016 36) annexée au recours est par la même occasion devenue sans objet. Il appartient au consortium recourant qui succombe de supporter les frais de procédure en application de l'art. 131 CPJA. Pour la même raison, il n'a pas droit à une indemnité de partie. L'intimée qui n'a pas fait appel à un avocat pour défendre ses intérêts n'a pas droit à une telle indemnité, qu'il n'a d'ailleurs pas demandée (art. 137 CPJA).

Tribunal cantonal TC Page 23 de 23 la Cour arrête: I. Le recours est rejeté. Partant, la décision d'adjudication du 16 février 2016 est confirmée. II. Les frais de procédure, par CHF 3'000.-, sont mis solidairement à la charge des entreprises membres du consortium recourant, à savoir B. _____ SA, C. _____ SA et D. _____ Sàrl. Ils sont compensés avec l'avance de frais de CHF 1'500.- qui a été effectuée, de sorte qu'il reste CHF 1'500.- à la charge des membres du consortium. III. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie. IV. Communication. Pour autant qu'elle pose une question de principe, cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification. La fixation du montant des frais de procédure peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA). Fribourg, le 5 avril 2017/cpf Président Greffier-stagiaire

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.