

FR_GERICHTE 602 2022 220 vom 14. Februar 2023

FR Kantonsgericht, 2023-02-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2022_220

FR: FR_GERICHTE 602 2022 220 du 14 février 2023

IT: FR_GERICHTE 602 2022 220 del 14 febbraio 2023

Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

La nouvelle législation fribourgeoise sur les marchés publics – soit l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019; RSF 122.91.3), la loi cantonale du 2 février

Tribunal cantonal TC Page 4 de 15 2022 sur les marchés publics (LCMP; RSF 122.91.1) et le règlement cantonal du 12 décembre 2022 sur les marchés publics (RCMP; RSF 122.91.21) –, est entrée en vigueur le 1er janvier 2023. Les procédures d'adjudication qui ont été lancées avant l'entrée en vigueur de l'AIMP 2019 et de la LCMP demeurent soumises à l'ancien droit (cf. art. 64 al. 1 AIMP 2019 et art. 20 al. 1 LCMP). En l'espèce, il y a ainsi lieu de continuer à appliquer ci-après les règles découlant de l'ancienne loi cantonale du 11 février 1998 sur les marchés publics (aLMP), de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP 1994; RSF 122.91.2) et de l'ancien règlement cantonal du 28 avril 1998 sur les marchés publics (aRMP; RSF 122.91.11).

E. 1.2

Déposé dans le délai et les formes prescrits, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 2 al. 1 aLMP. Du moment que l'offre de la recourante vient en seconde position dans l'appréciation des soumissions – avec un faible écart –, on doit admettre qu'elle 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. L'avance de frais ayant été versée dans le délai imparti, le Tribunal cantonal peut donc entrer en matière sur les mérites du recours.

E. 1.3

Dès lors que, comme exposé ci-après (cf. consid. 3 à 5), le recours doit être rejeté sur le fond, la question de savoir si les travaux relatifs à la construction du Centre forestier de D._____ étaient ou non soumis au droit des marchés publics et, partant, à une procédure d'appel d'offres – procédure à laquelle le pouvoir adjudicateur s'est par ailleurs sciemment soumis – peut demeurer indécise.

E. 1.4

Selon l'art. 16 al. 1 AIMP 1994, 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 ou incomplète 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 1994). 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).

E. 1.5

personne, il était légitime de considérer qu'elle avait fourni un minimum d'avantages particuliers au sens de l'annexe T1 du Guide romand des marchés publics, mais pas plus. En revanche, elle est d'avis qu'elle pouvait considérer que l'adjudicataire a fourni une offre avec beaucoup d'avantages particuliers en prévoyant un chef de projet avec une grande disponibilité, ce qui présentait l'avantage certain d'un bon suivi du projet et de la disponibilité importante d'une personne de contact. Elle ajoute qu'il ne semble pas que le taux annoncé par l'adjudicataire serait inutilement élevé, les pourcentages proposés étant admissibles et usuels. Enfin, en ce qui concerne le planning, elle souligne que, si la durée du marché indiquée dans l'appel d'offres était certes de 18 mois depuis la signature du contrat, le délai d'exécution indiqué était quant à lui de 12 mois depuis la signature du contrat. Elle estime ainsi que, l'adjudicataire ayant proposé un planning de plus d'un mois inférieur à celui de la recourante, son planning laisse plus de marge pour les éventuels imprévus et présente ainsi des avantages par rapport à celui de la recourante. Elle souligne finalement que la durée des travaux proposée par l'adjudicataire reste significativement plus élevée que la moitié du délai maximal d'exécution de 12 mois prévu par l'appel d'offres, ce qui suffit à nier toute surqualité.

E. 2

La recourante conteste les notes qu'elle a obtenues aux critères n° 2, n° 3 et n° 4, respectivement celles obtenues par l'adjudicataire. Elle fait valoir qu'une appréciation conforme de ces critères conduirait à lui adjuger le marché.

E. 2.1

Le ch. 4.7 du dossier d'appel d'offres mentionne les critères d'adjudication (prix, organisation pour l'exécution du marché, qualifications techniques, contribution au développement durable) et leur pondération. Il y est précisé que les critères et sous-critères d'adjudication et leur pondération sont définitifs; qu'un critère d'adjudication peut être divisé en sous-critères d'adjudication; que lorsque l'adjudicateur détermine des sous-critères auxquels il attache une importance particulière ou qui sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent, il doit les communiquer par avance et indiquer leur pondération respective; et qu'il est

Tribunal cantonal TC Page 5 de 15 fait exception à cette règle lorsque les sous-critères servent uniquement à concrétiser le critère d'adjudication publié (sous-critères dits "inhérents" au critère principal). Les conditions générales et particulières de l'appel d'offres indiquent, au ch. 1.3, que les travaux seront adjugés au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, en application des caractéristiques techniques et critères d'adjudication suivants: Il y est mentionné que l'ensemble des notations se fera sur une échelle de 0 à 5, 5 étant la meilleure note. En outre, le ch. 4.9 du dossier d'appel d'offres, qui a trait à l'échelle de notes, indique également que celle-ci est de 0 à 5 (0 constituant la plus mauvaise et 5 la meilleure note). Il y est précisé qu'à part pour l'évaluation du prix et du temps consacré (annexe R5) qui sera notée jusqu'au centième (par

exemple 3,46), un critère ou sous-critère qualitatif sera noté jusqu'à la demi-note (par exemple 3,5). Une évaluation d'un critère ou d'un sous-critère peut être faite autant en rapport avec les exigences du marché qu'en comparaison entre les soumissionnaires. Les appréciations générales déterminant chaque note y sont également décrites. En particulier, la note 4 (bon et avantageux) correspond à un candidat ou soumissionnaire qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes et qui présente un minimum d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats ou soumissionnaires, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification et la note 5 (très intéressant) à un candidat ou soumissionnaire qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes avec beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats ou soumissionnaire, ceci sans tomber dans la surqualité ou surqualification. Il est encore mentionné que la note attribuée à un critère est faite sur la base d'une analyse globale de l'ensemble des documents exigés par critère.

E. 2.2

Selon la jurisprudence, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande latitude de jugement pour apprécier et comparer les offres en lice lors de l'attribution d'un marché (cf. ATF 125 II 86 consid. 6; arrêt TF 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.4). La Cour de céans n'étant pas habilitée à revoir l'opportunité de la décision (cf. consid. 1.4 ci-dessus), une correction des notes ou des points obtenus ne peut être envisagée qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (cf. arrêts TAF B-487/2020 du 29 octobre 2020 consid. 5.1 et les réf. cit.; B-396/2018 du 19 février 2019 consid. 5.4); il y a en tous les cas lieu de faire preuve d'une retenue particulière puisqu'une telle opération suppose le plus souvent des connaissances techniques et qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres soumises (cf. POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 269). En outre, comme mentionné ci-dessus, l'art. 96a CPJA impose à l'autorité de recours d'examiner

Tribunal cantonal TC Page 6 de 15 avec retenue les décisions d'une autorité à laquelle la législation accorde une large marge d'appréciation.

E. 3

La recourante critique tout d'abord le nombre de points attribués pour le critère n° 2.

E. 3.1

Le critère n° 2 – qui a une pondération de 38% – est divisé en trois sous-critères, soit les sous-critères n° 2.1 "Planification des moyens et respect du planning" (20%), n° 2.2 "Répartition des tâches et responsabilité" (9%) et n° 2.3 "Qualification des personnes clés" (9%). Pour le critère n° 2, la recourante a obtenu 170 points et l'adjudicataire 190. Elle s'est vu attribuer la note de 4 (soit 80 points) au sous-critère n° 2.1, contre la note de 5 (soit 100 points) pour l'adjudicataire. S'agissant des sous-critères n° 2.2 et 2.3, tant la recourante que l'adjudicataire ont obtenu la note maximale de 5 (correspondant à 45 points).

E. 3.2

En ce qui concerne le sous-critère n° 2.1 "Planification des moyens et respect du planning", il est décrit comme suit dans les conditions générales et particulières de l'appel d'offres (cf. ch. 1.3): "Planification des moyens (annexe R6) Le Soumissionnaire indiquera les moyens humains prévus pour l'exécution du marché et proposera un planning d'intention. Cette planification devra démontrer la capacité du Soumissionnaire à délivrer des prestations de

qualité dans les délais impartis et mettre en avant la méthodologie et les éventuels outils engagés." Il ressort de l'annexe R6 que le soumissionnaire doit indiquer, dans cette annexe ou dans un document annexé portant la mention R6, les moyens humains et matériels qu'il propose de mettre en place pour exécuter le marché en conformité avec les exigences, les objectifs et les échéances principales. Il y proposera également, ou sous la forme d'un document annexé, la durée totale ou un planning d'intention où il fera apparaître les phases importantes d'exécution du marché avec le nombre de personnes prévues par phase.

E. 3.2.1

La recourante explique qu'elle a rempli l'annexe R6 en tenant parfaitement compte des besoins du projet en moyens humains et en fonction de la qualité et de l'expérience des personnes clés choisies. Elle relève que, s'agissant uniquement des personnes clés, elle a annoncé une disponibilité moyenne de 1.5 personne sur la durée d'exécution du marché. Elle souligne de plus que les chefs de projet disposent tous de formations, diplômes et références reconnues (chef de projet à 20%, chef de projet DLT [direction locale des travaux] à 80% et chef de projet DLT remplaçant à 10%) et que son directeur adjoint est même annoncé sur le projet (10%). Elle rappelle que, pour ce sous-critère, l'importance de la qualité, des compétences et de l'expérience est primordiale. Elle est d'avis que ce n'est pas une disponibilité supérieure en pourcentage qui devrait déterminer la note obtenue. S'agissant de son planning d'intention, elle indique que celui-ci a été établi d'après les moyens humains qu'elle a prévus et qu'il permet une optimisation considérable au niveau de la durée du chantier. Elle ajoute en effet qu'alors que l'autorité intimée a fixé la durée maximum à 18 mois, elle a annoncé pouvoir terminer le chantier en 10 mois. Le fait que l'adjudicataire a proposé un planning de plus d'un mois inférieur à celui qu'elle a offert ne saurait justifier la décote d'un point entier. Selon elle, à suivre la manière de noter décrite par l'autorité intimée, elle devrait se voir attribuer la note de 4.5.

Tribunal cantonal TC Page 7 de 15 Pour sa part, l'autorité intimée rappelle que l'importance de la qualité, des compétences et de l'expérience des personnes clés est spécifiquement visée par le sous-critère n° 2.3, pour lequel la recourante a obtenu la note maximale. Selon elle, si les compétence et l'expérience des personnes clés étaient prises en compte de façon importante dans la notation du sous-critère n° 2.1, cela reviendrait à mélanger les sous-critères de façon inadmissible et aurait pour conséquence de tenir compte à double de ces aspects, ce qui fausserait le poids de 9% annoncé pour ce sous-critère. Pour le reste, elle explique que l'adjudicataire a proposé une disponibilité moyenne bien supérieure, surtout s'agissant du chef de projet, soit la personne clé la plus importante. Elle estime que, la recourante ayant proposé un chef de projet à seulement 20% et une disponibilité moyenne de

E. 3.2.2

La Cour de céans a procédé à l'examen des offres déposées par la recourante et l'adjudicataire et a pu constater la réalité des explications fournies sur cet aspect par l'autorité intimée dans ses observations sur le recours, ce qui vaut également pour les autres critères et sous-critères qui seront traités ci-après (cf. également consid. 6.1 ci-dessous). Il est d'emblée relevé que la recourante ne peut pas être suivie lorsqu'elle prétend que les compétences et l'expérience des personnes clés revêtent une importance primordiale pour l'évaluation de ce sous-critère et que ce n'est pas une disponibilité supérieure en pourcentage qui devrait déterminer la note obtenue. En effet, la qualification des personnes

clés fait spécialement l'objet du sous-critère n° 2.3 "Qualifications des personnes clés" – dont la pondération est de 9% – qui prévoit que le soumissionnaire indiquera les fonctions, coordonnées et expériences des personnes clés dédiées à l'exécution du mandat (cf. ch. 1.3 des conditions générales et particulières de l'appel d'offres). Ainsi donc, vouloir prendre en considération l'expérience et les compétences des personnes clés dans le cadre du sous-critère n° 2.1 reviendrait à procéder à une double évaluation inadmissible de la qualification des personnes clés. Il appert des annexes R6 que l'adjudicataire a proposé un nombre moyen de personnes prévues sur la durée d'exécution supérieur à celui de la recourante (2.2 contre 1.5). Parmi ces personnes figure en particulier le chef de projet. La recourante en propose un à 20% – ce qui n'est pas contesté – alors que l'adjudicataire en propose un à 50%. En outre, les personnes chargées de la direction (générale et locale) des travaux – y compris les suppléants – sont également proposées avec un pourcentage légèrement supérieur par l'adjudicataire (120%) par rapport à la recourante (110%). Or, une plus importante disponibilité du chef de projet revêt à l'évidence des avantages pour le pouvoir adjudicateur, en particulier quant au suivi du projet et respectivement du chantier.

Tribunal cantonal TC Page 8 de 15 En ce qui concerne le respect du planning, il appert de l'appel d'offres que le délai d'exécution est de 12 mois depuis la signature du contrat (cf. ch. 2.13) et le délai du marché de 18 mois depuis la signature du contrat (cf. ch. 2.8). En l'occurrence, il ressort des plannings d'intention produits par la recourante et l'adjudicataire qu'elles ont proposé un planning de 10 mois et respectivement d'environ

E. 3.3

S'agissant du sous-critère n° 2.2 "Répartition des tâches et responsabilité", il est décrit comme suit dans les conditions générales et particulières de l'appel d'offres (cf. ch. 1.3): "Répartition des tâches et des responsabilités (annexe R8) En fonction de sa planification et de son organisation, le Soumissionnaire doit indiquer dans son organigramme toutes les personnes qui travailleront à l'exécution du mandat en précisant leur fonction respective." L'annexe R8 mentionne que le soumissionnaire doit fournir sur un document annexé (max. une page A3 recto ou deux pages A4 recto) l'organigramme opérationnel prévu pour l'exécution du marché. Celui-ci doit être en adéquation avec les exigences et objectifs du marché, mais également avec l'organisation de l'adjudicateur. L'organigramme devra faire apparaître clairement les noms des principaux intervenants (personnes clés), la répartition des tâches et des responsabilités et les liens hiérarchiques.

E. 3.3.1

La recourante doute de ce que l'adjudicataire mérite une note similaire à la sienne, au vu de la qualité, des compétences et des personnes qui figurent dans son organigramme. L'autorité intimée relève que, vu que les deux organigrammes fournis par les soumissionnaires étaient similaires et répondaient tout à fait aux attentes, la note maximale leur a été attribuée. Elle mentionne que les deux organigrammes indiquent les mandataires du maître d'ouvrage. Elle ajoute que l'adjudicataire a par ailleurs décrit les tâches du directeur du projet et de la direction générale des travaux et qu'elle a listé les maîtres d'état pour les postes CFC pertinents, avec le nom de l'entreprise et le siège de celle-ci, ce qui permet – selon elle – une meilleure compréhension et un rattachement plus aisé aux autres documents de l'appel d'offres.

E. 3.3.2

Comme déjà mentionné au consid. 3.2.2, les compétences et l'expérience des personnes clés font l'objet du sous-critère n° 2.3, de sorte qu'elles n'ont pas à être prises en compte pour l'évaluation du sous-critère n° 2.2. Pour le reste, il ressort des organigrammes produits par la recourante et l'adjudicataire qu'ils répondent tous les deux aux exigences requises par l'annexe R8. Dans ces conditions, il apparaît raisonnable d'avoir considéré que les organigrammes en question répondaient pleinement aux attentes. Partant, la note maximale de 5.0 attribuée à l'adjudicataire pour ce sous-critère n° 2.2 n'est

Tribunal cantonal TC Page 9 de 15 pas critiquable, ce d'autant plus que, comme l'a souligné l'autorité intimée, l'organigramme qu'elle a présenté contient des indications complémentaires (description des tâches de la direction du projet et de la direction générale des travaux et liste des maîtres d'état indiquant notamment les postes CFC) par rapport à celui produit par la recourante.

E. 3.4

Concernant le sous-critère n° 2.3 "Qualification des personnes clés", il est décrit comme suit dans les conditions générales et particulières de l'appel d'offres (cf. ch. 1.3): "Qualification des personnes clés (annexe R9) Le Soumissionnaire indiquera les fonctions, coordonnées et expériences des personnes clés dédiées à l'exécution du mandat."

E. 3.4.1

La recourante doute également de ce que l'adjudicataire mérite une note similaire à la sienne, au vu de la qualité, des compétences et des personnes clés qu'elle propose. Elle relève que son chef de projet dispose de pas moins de 24 ans d'expérience en management de projet, de la qualité et en encadrement du personnel ainsi que de 14 ans en mesures prises pour préserver la santé et la sécurité au travail (MSST) et/ou plan d'hygiène et sécurité au travail (PHS), que la deuxième personne a 5 ans d'expérience dans les domaines précités et que la troisième personne dispose de 7 ans d'expérience en management de projet. L'autorité intimée souligne en particulier que si la recourante a certes proposé un directeur général des travaux avec davantage d'expérience, les deux autres personnes clés qu'elle a indiquées sont moins qualifiées que celles présentées par l'adjudicataire. Elle estime que les personnes clés des deux soumissionnaires possèdent des compétences accrues en matière de gestion efficace des délais, de maîtrise des coûts, de gestion de projet et de gestion de la qualité. Elle explique ainsi avoir considéré que les deux propositions étaient excellentes.

E. 3.4.2

Il ressort de l'offre de la recourante que son chef de projet dispose de 24 ans d'expérience en management de projet, en management de la qualité ainsi que d'encadrement du personnel et de 14 ans d'expérience MSST et/ou PHS. La deuxième personne clé (directeur des travaux) possède une expérience de 5 ans dans tous les domaines précités. Quant à la troisième personne clé (directeur des travaux remplaçant), il a 7 ans d'expérience en management de projets. L'adjudicataire propose quant à elle un chef de projet disposant de 15 ans d'expérience en management de projet, de 4 ans d'expérience en management de la qualité et en MSST et/ou PHS ainsi que de 13 ans d'expérience d'encadrement du personnel. La deuxième personne clé (directrice des travaux) a 15 ans d'expérience dans l'ensemble des domaines précités et la troisième personne clé (directeur des travaux remplaçant) 3 ans d'expérience en management de projet, 5 ans d'expérience MSST et/ou PHS et 2 ans d'expérience d'encadrement du personnel. Au regard de ce qui précède, il appert effectivement que le chef de projet proposé par la recourante dispose de plus d'expérience

que celui présenté par l'adjudicataire. Cela étant, ce dernier a néanmoins 15 ans d'expérience dans tous les domaines précités à son actif. Par ailleurs, les personnes clés en matière de direction des travaux proposées par l'adjudicataire disposent globalement de davantage d'expérience dans tous les domaines que celles indiquées par la recourante. Dans ces conditions, il est soutenable d'avoir considéré que la qualification des personnes clés proposées par les deux soumissionnaires était excellente. La note de 5.0 attribuée tant à la recourante qu'à l'adjudicataire n'apparaît pas critiquable.

Tribunal cantonal TC Page 10 de 15 4. La recourante conteste la note de 4 – identique à celle de l'adjudicataire – qui lui a été attribuée pour le critère n° 4. 4.1. Le critère n° 4 "Aspects environnementaux et sociaux" est décrit comme suit dans les conditions générales et particulières de l'appel d'offres (cf. ch. 1.3): "Contribution de l'entreprise au développement durable (annexe Q5) Le Soumissionnaire répondra aux questions posées dans l'annexe Q5. Les évaluations se baseront sur le tableau de notation « Méthode de notation du critère de la contribution du Soumissionnaire au développement durable (aspects environnementaux et sociaux) – annexe T5 » disponible sur le site du guide romand sur les marchés publics. L'ensemble des notations se fera sur une échelle de 0 à 5, 5 étant la meilleure note." L'annexe T5 "Notation du critère de la contribution du soumissionnaire au développement durable" indique que l'évaluation de la contribution du soumissionnaire au développement durable (aspects environnementaux et sociaux) se fonde sur les éléments de réponses fournis par le soumissionnaire en remplissant l'annexe Q5. Elle décrit le barème de notation, dont un extrait est reproduit ci-après: 4.2. La recourante estime que la combinaison des certificats ISO 9001, 14001 et 45001 et de son certificat EcoEntreprise 2013 « Excellence », « Développement durable et responsabilité sociétale » avec l'attestation provisoire en vue de l'audit de renouvellement aurait dû conduire l'autorité intimée à lui attribuer la note de 5, ou à tout le moins une note plus élevée que celle attribuée à l'adjudicataire. Quant à l'autorité intimée, elle explique que la note de 4 correspond à la note attribuée pour le cumul des certificats ISO 45001 et ISO 14001 – mentionnés par la recourante dans son annexe Q5 – selon l'annexe T5. Pour le reste, elle relève que seul un certificat EcoEntreprise « Développement durable et responsabilité sociétale » (2019) donne droit à une note de 5. Or, elle rappelle que le certificat EcoEntreprise « Excellence », « Développement durable et responsabilité sociétale » (2013) de la recourante – que celle-ci a du reste uniquement fourni en relation avec l'annexe Q1 – était déjà échu lors de la remise des offres le 4 juillet 2022. En outre, elle relève que l'attestation provisoire n'a été

Tribunal cantonal TC Page 11 de 15 produite que lors des auditions du 30 août 2022 et, quoi qu'il en soit, il est exclu de tenir compte d'un certificat provisoire, au risque de se substituer à l'organisme de certification. 4.3. En l'occurrence, la recourante ne conteste pas qu'elle ne dispose pas du certificat EcoEntreprise « Développement durable et responsabilité sociétale » (2019), respectivement du certificat EcoEntreprise « Excellence » (2019). Il ressort du reste de l'annexe Q5 qu'elle a remplie qu'elle n'a pas coché la case correspondante, mais celle indiquant notamment qu'elle possède le cumul ISO 45001(2018) et ISO 14001 (2015). En outre, le certificat EcoEntreprise « Excellence », « Développement durable et responsabilité sociétale » (2013) de la recourante était valable jusqu'au 2 juin 2022 et était partant déjà échu au moment du dépôt de l'offre le 4 juillet 2022. Lors de son audition du 30 août 2022, la recourante a certes indiqué qu'elle avait effectué la demande de renouvellement et qu'une nouvelle visite de certification devait être agendée, suite à

l'annulation par l'organisme de certification de celle prévue le 24 août 2022. L'attestation fournie par la recourante, datée du 7 juillet 2022, mentionne uniquement que l'entreprise est certifiée depuis 2019 en référence à la norme EcoEntreprise: 2013, que le système est conforme aux critères de certification et que l'audit de renouvellement est prévu le 24 août 2022. Les conséquences liées au fait que cette information n'a été fournie au pouvoir adjudicateur que bien après le dépôt de l'offre peuvent en l'espèce demeurer indécises. En effet, l'annexe T5 mentionne explicitement quelle note est attribuée en fonction de ou des certification(s) dont un soumissionnaire est titulaire. Or, non seulement le certificat EcoEntreprise « Excellence », « Développement durable et responsabilité sociétale » (2013) n'y figure mais, comme relevé ci-dessus, celui obtenu par la recourante était échu au moment déterminant. La certification en question a une durée limitée à 3 ans et son renouvellement est soumis à un audit de renouvellement. Il appartenait à la recourante de s'assurer que ce dernier puisse avoir lieu au plus tard d'ici à la date indiquée sur son certificat, soit avant le 3 mai 2022. Une attestation provisoire telle que celle présentée par la recourante ne saurait être considérée sans autre soit comme correspondant aux certificats 2019 susmentionnés, soit comme constituant une équivalence à ceux-ci. Des faits futurs et hypothétiques ne sauraient en effet avoir une influence sur la notation de ce critère n° 4 ainsi que le souhaite la recourante. Pour le reste, le fait que le site Internet ecoentreprise.ch mentionne toujours la recourante comme disposant du certificat « Excellence » n'y change rien. Dans ces circonstances, la note de 4 attribuée à la recourante correspond, au vu des certificats qu'elle a annoncés et produits en lien avec l'annexe Q5 et dont elle est titulaire, au barème de notation du critère de la contribution du soumissionnaire au développement durable de l'annexe T5 (cf. extrait reproduit au consid. 4.1 ci-dessus). Elle n'est partant pas critiquable. Enfin, dans la mesure où la recourante conteste la note de 4 obtenue par l'adjudicataire, il est encore relevé ce qui suit. Certes, dans l'annexe Q5, l'adjudicataire a coché la mauvaise case, soit celle indiquant qu'elle était titulaire d'un seul certificat correspondant à la note de 3.5. Cela étant, les pièces qu'elle a fournies avec son offre en lien avec l'annexe Q5 démontre qu'elle possède un certificat ISO 14001 (2015) et une équivalence au certificat ISO 45001(2018), laquelle a été analysée par le pouvoir adjudicateur. Dans ces conditions, ce dernier pouvait corriger cette erreur de plume, qui doit être qualifiée d'évidente au sens de l'art. 26 al. 2 aRMP. Selon le barème de l'annexe T5, la note de 4 n'est ainsi pas discutable.

Tribunal cantonal TC Page 12 de 15 5. La recourante critique enfin la note de 4 qui lui a été attribuée pour le critère n° 3 et celle de 4.2 octroyée à l'adjudicataire. 5.1. Le critère n° 3 "Méthodologie de travail" est décrit comme suit dans les conditions générales et particulières de l'appel d'offres (cf. ch. 1.3): "Méthodologie de travail (Annexe R13) Le Soumissionnaire répondra correctement aux questions posées dans l'annexe. Les évaluations se baseront sur le tableau de notation « Critères d'adjudication – annexe R » disponible sur le site du guide romand sur les marchés publics." L'annexe R13 "Qualités et adéquation des solutions techniques proposées pour l'exécution du marché" indique que les différentes questions posées dans cette annexe ont pour but de porter à la connaissance de l'adjudicateur l'esquisse de solution face à un ou plusieurs aspects particuliers du cahier des charges que le soumissionnaire s'engage à mettre en place en cas d'exécution du marché. En l'occurrence, l'adjudicateur a demandé aux soumissionnaires de développer trois aspects du cahier des charges et de proposer des solutions; il s'agit des aspects liés aux garde-corps du dépôt, au système de stockage de planche sur la façade Nord et à la finition de la façade dans l'angle Sud-Est. L'annexe R indique que, pour le critère relatif aux qualités et

adéquation des solutions techniques proposées pour l'exécution du marché, la note de 5 (très intéressant) est attribuée lorsque "les prototypes ou esquisses de solution, ainsi que les avantages et qualités des solutions techniques d'exécution proposées par le soumissionnaire, sont en parfaite adéquation avec les exigences du cahier des charges. Le soumissionnaire fait preuve d'originalité et d'innovation sous la forme d'améliorations apportées au cahier des charges" et la note de 4 (bon et avantageux) lorsque "les prototypes ou esquisses de solution, ainsi que les avantages et qualités des solutions techniques d'exécution proposées par le soumissionnaire, semblent en adéquation avec les exigences du cahier des charges. Le soumissionnaire fait preuve d'un peu d'originalité". 5.2. L'autorité intimée indique qu'elle a traité les trois aspects mentionnés dans l'annexe R13 comme trois sous-critères indépendants, qu'elle a accordé une note pour chacun d'eux et qu'elle a fait la moyenne entre ces notes. Elle explique que la recourante a obtenu trois fois la note 4, soit une moyenne de 4, et l'adjudicataire deux fois la note 4 et une fois la note 4.5, soit une moyenne de 4.2. Sur ce point, elle relève que, même si la note de l'adjudicataire était abaissée à 4, le marché devrait toujours lui être attribué. S'agissant de la notation de la recourante sur les qualifications techniques, elle relève que cette dernière n'a fourni que des plans avec une très courte description de ceux-ci, alors que l'adjudicataire a globalement fourni des explications plus détaillées, avec des visuels, qui permettaient mieux d'appréhender les solutions proposées. Elle ajoute que là où les modalités de réponse prévoyaient une description et/ou schéma de solution pour chacun des points, l'adjudicataire ne s'est pas contentée de fournir seulement un de ces deux éléments, mais bien les deux éléments. Elle souligne de plus que, sur l'aspect "Finition de la façade dans l'angle Sud-Est", l'adjudicataire a offert une solution plus intéressante que la recourante s'agissant de l'intégration du lecteur de badges, de la prise T25 étanche et du cylindre feu, ainsi que de l'emplacement du robinet en lien avec l'accès à la descente d'eaux pluviales, ce qui ressort d'une comparaison des deux plans R13.3 des soumissionnaires. Elle estime ainsi que l'adjudicataire méritait 0.5 de plus à la note de ce

Tribunal cantonal TC Page 13 de 15 sous-critère. Elle considère que les solutions offertes par la recourante s'agissant de ce critère ne méritent pas une note meilleure que celle de l'adjudicataire et que les notes attribuées sont parfaitement compréhensibles et correctes. La recourante considère que la note de 4 qu'elle a obtenue n'est pas justifiée au vu de la qualité des solutions techniques qu'elle a proposées. Elle soutient que ses solutions, étayées par des plans spécifiques au niveau pré-exécution très détaillés, sont à la pointe de ce qui existe dans la construction et correspondent plutôt à la note 5 que 4. Selon elle, la note de 4.5 devrait à tout le moins lui être attribuée. De plus, elle demande que la note de 4.2 obtenue par l'adjudicataire soit abaissée à 4, dès lors que seul le prix et le temps consacré peuvent être noté jusqu'au centième selon le ch. 4.9 du dossier d'appel d'offres. Elle reproche en outre à l'autorité intimée d'avoir violé le principe de la transparence et fait preuve de mauvaise foi à son encontre, au motif qu'elle a introduit des sous-critères sans les avoir annoncés expressément alors qu'elle l'a fait pour le critère n° 2 et qu'elle n'a appris cette façon d'évaluer le critère n° 3 que dans les observations au recours. 5.3. En l'occurrence, il appert des dossiers des soumissionnaires que l'adjudicataire a produit une description et un plan pour chacun des aspects mentionnés dans l'annexe R13 et la recourante uniquement un plan, contenant une brève description, pour chaque aspect. Cela étant, contrairement à ce que laisse entendre la recourante, il ressort clairement des explications de l'autorité intimée que ce n'est pas la forme choisie par les soumissionnaires pour développer les trois aspects indiqués dans l'annexe R13 et proposer leur solution qui a eu une influence déterminante sur

la notation. En revanche, il est indéniable qu'une description plus détaillée facilite la compréhension de la solution proposée. Quant à l'allégation de la recourante selon laquelle elle mériterait une note plus élevée au vu de la qualité des solutions techniques proposées qui seraient à la pointe de ce qui existe dans la construction, elle se contente ici d'opposer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, sans fournir le moindre début d'explication sur les avantages qu'offrirait ses solutions par rapport aux exigences du cahier des charges ni, cas échéant, sur leur originalité ou innovation (cf. critère de notation de l'annexe R). L'autorité intimée a expliqué pour quelle raison elle a estimé que la recourante ne méritait pas une note plus élevée que celle de l'adjudicataire, en soulignant que la solution proposée par cette dernière quant à l'aspect "Finition de la façade dans l'angle Sud-Est" était plus intéressante que celle de la recourante en ce qui concerne l'intégration du lecteur de badges, la prise T25 étanche et le cylindre feu, ainsi que l'emplacement du robinet en lien avec l'accès à la descente d'eaux pluviales. Sur la base de ce qui précède, la note de 4 octroyée à la recourante apparaît tout à fait soutenable. 5.4. Pour le reste, il ne peut qu'être constaté que, même si la note relative au critère n° 3 de l'adjudicataire était abaissée à 4, celle-ci arriverait toujours en première position avec un total de 458.8 points, contre 458 pour la recourante. Dans ces conditions, la question de savoir si l'autorité intimée pouvait procéder à la notation de ce critère en traitant les trois aspects spécifiques du cahier des charges comme trois sous-critères indépendants, en accordant une note pour chacun d'eux et en calculant la moyenne arithmétique entre ces notes, alors que cela n'avait pas été annoncé, peut demeurer indécise (cf. à ce propos toutefois: arrêt TAF B-255/2021 du 30 juin 2021 consid. 3.3 et les réf. cit.) – tout comme celle de la notation jusqu'au centième –, dès lors qu'en l'espèce une évaluation globale de ce critère aurait également conduit à l'attribution de la note de 4 à la recourante

Tribunal cantonal TC Page 14 de 15 (puisqu'elle a obtenu la note de 4 pour chacun des aspects) et que l'adjudicataire aurait dû se voir attribuer, à tout le moins, la note de 4 également. 6. 6.1. S'agissant de la consultation du dossier requise par la recourante, il est relevé que cette dernière a eu accès au tableau de notation et qu'elle a participé à une séance de débriefing le 14 octobre 2022 lors de laquelle elle reconnaît avoir obtenu des informations quant à l'évaluation du sous-critère n°2.1 et du critère n° 3. La recourante ne dispose pas d'un intérêt suffisant pour obtenir les pièces provenant de l'adjudicataire au mépris des règles sur la protection du secret d'affaires. Certains de ses griefs concernent sa propre offre, notamment les certifications dont elle est titulaire, de sorte que la consultation de l'offre de sa concurrente ne lui est d'aucune utilité sur ce point. D'autres ont certes trait à l'offre de l'adjudicataire. Cela étant, la recourante a obtenu une motivation détaillée dans le cadre de la réponse au recours – même s'il est regrettable que l'autorité intimée n'ait pas fourni des données chiffrées précises pour les pourcentages des personnes clés, la disponibilité moyenne et le planning d'intention notamment –, de sorte qu'elle a pu se rendre compte – quoi qu'elle en dise – de la portée de la décision attaquée et des motifs pour lesquels le pouvoir adjudicateur a attribué les notes ici critiquées, respectivement des raisons pour lesquelles son offre n'a pas été retenue. Au demeurant, comme déjà évoqué, le Tribunal cantonal a procédé sur la base du dossier complet à l'examen des offres et a constaté la réalité des explications fournies à ce propos par l'autorité intimée dans ses observations sur le recours (cf. ci-dessus). Partant, la requête tendant à la consultation du dossier complet doit être rejetée. 6.2. Finalement, la jurisprudence admet que le droit d'être entendu n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non

arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 130 II 425 consid. 2.1 et les arrêts cités). La Cour de céans considère qu'une audience d'instruction est inutile dans le cas d'espèce, dès lors que les pièces versées au dossier et les explications apportées par le pouvoir adjudicateur permettent de comprendre les raisons qui ont conduit ce dernier à attribuer les notes litigieuses et, partant, de trancher le litige (cf. arrêt TF 1C_10/2019 du 15 avril 2020 consid. 3), ceci sans parler du fait qu'en soi, la procédure de recours est écrite (cf. art. 32 CPJA). 7. Mal fondé, le recours (602 2022 220) doit ainsi être rejeté. L'affaire étant jugée au fond, la demande d'effet suspensif (602 2022 221) est devenue sans objet.

E. 8

mois et demi. Le planning fourni par l'adjudicataire apparaît par ailleurs un peu plus détaillé. Comme l'a souligné l'autorité intimée, le planning proposé par l'adjudicataire, de plus d'un mois inférieur à celui proposé par la recourante, présente un certain avantage, notamment en cas d'imprévus éventuels. Il résulte de ce qui précède que l'adjudicataire a non seulement présenté une disponibilité moyenne de personnes prévues plus importante sur la durée d'exécution et une plus grande disponibilité du chef de projet, mais également un planning d'intention de plus d'un mois inférieur à celui proposé par la recourante. Dans ces circonstances et compte tenu de l'appréciation générale des notes partiellement citée au consid. 2.4 ci-dessus, il n'apparaît manifestement pas insoutenable d'avoir attribué, pour ce sous-critère, les notes de 4.0 à la recourante et de 5.0 à l'adjudicataire.

E. 8.1

Il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure en application de l'art. 131 CPJA.

E. 8.2

Pour le même motif, il lui incombe de verser une indemnité de partie à l'intimée qui a fait appel aux services d'un avocat pour défendre ses intérêts (art. 137 CPJA). Conformément à l'art. 8 al. 1 du tarif fribourgeois du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (RSF 150.12), les honoraires alloués pour la représentation ou l'assistance de la partie sont fixés entre CHF 200.- et 10'000.-. Dans les affaires d'une ampleur ou

Tribunal cantonal TC Page 15 de 15 d'une complexité particulière, le maximum s'élève à CHF 40'000.-. La fixation des honoraires dus à titre de dépens a lieu sur la base d'un tarif horaire de CHF 250.-. Quant aux débours nécessaires à la conduite de l'affaire, ils sont remboursés au prix coûtant (art. 9 al. 1 du tarif). Pour les photocopies effectuées par le mandataire, il est calculé 40 centimes par copie isolée (art. 9 al. 2 du tarif). Selon la liste de frais déposée par le mandataire de l'intimée, l'indemnité de partie est arrêtée à CHF 3'284.85 (honoraires et débours: CHF 3'050.-; TVA 7.7%: CHF 234.85). Elle est mise à la charge de la recourante qui s'en acquittera directement auprès du mandataire de l'intimée (art. 137, 140 et 141 CPJA).

E. 8.3

L'autorité intimée, qui dispose par ailleurs d'un service juridique, n'a pas droit à une indemnité de partie (art. 139 CPJA; cf. également arrêts TA FR 602 2008 146 du 16 mars 2009 consid. 4; TC FR 602 2022 185 du 14 décembre 2022 consid. 4.2; TF 1C_351/2022 du 20 janvier 2023 consid. 2). la Cour arrête : I. Le recours (602 2022 220) est rejeté. II. La

requête d'octroi de l'effet suspensif (602 2022 221), devenue sans objet, est rayée du rôle. III. Les frais de procédure, par CHF 4'000.-, sont mis à la charge de la recourante. Ils sont compensés avec l'avance de frais versée. IV. Un montant de CHF 3'284.85 (y compris CHF 234.85 de TVA), à verser à Me Daniel Schneuwly à titre d'indemnité de partie octroyée à l'intimée, est mis à la charge de la recourante. V. Il n'est pas allouée d'indemnité de partie à l'autorité intimée. VI. Notification. Pour autant qu'elle pose une question de principe, la présente 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 et de l'indemnité de partie 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 14 février 2023/jfr/vth Le Président : La Greffière-rapporteuse :

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