

FR_GERICHTE 602 2022 88 vom 23. August 2022

FR Kantonsgericht, 2022-08-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2022_88

FR: FR_GERICHTE 602 2022 88 du 23 août 2022

IT: FR_GERICHTE 602 2022 88 del 23 agosto 2022

Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Dans le cadre de la construction d'une halle pour le centre de Stockage Interinstitutionnel Cantonal (SIC) à E._____, le volet 1, correspondant aux prestations de services (architectes et ingénieurs spécialisés) pour les phases SIA 31 (avant-projet), 32 (projet de l'ouvrage), 33 (demande d'autorisation), 41 (appels d'offres) et

Tribunal cantonal TC Page 3 de 16 comprenant divers frais annexes est adjugée à l'entreprise B._____ SA, pour un montant de 2 000 000 francs TTC.

E. 1.1

Dans la mesure où la nouvelle législation fribourgeoise sur les marchés publics (soit l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics [ROF 2022_11] et la loi du 2 février 2022 sur les marchés publics [ROF 2022_12]) n'est pas encore en vigueur, il y a lieu de continuer à appliquer ci-après les règles découlant de la loi cantonale du 11 février 1998 sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.2), l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP 1994; RSF 122.91.2) et le règlement cantonal du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RMP; 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 LMP. 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. Le Tribunal cantonal peut donc entrer en matière sur les mérites du recours.

E. 1.3

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. 2

Dans un premier grief, la recourante fait valoir que la décision litigieuse adjuge le marché en deux volets distincts. Elle prétend que l'on est en présence de modifications non négligeables des conditions de l'appel d'offres et du marché – conduisant à une violation des principes de la transparence et de l'égalité de traitement – en ce qui concerne le calendrier et le prix, avec une discussion précontractuelle avec un seul soumissionnaire – soit l'adjudicataire – pour la détermination du prix du volet 1, ainsi qu'en raison de l'application de l'OPIC, avec pour conséquence la scission du marché en deux volets. Dans ces conditions, elle estime que l'adjudicataire doit être exclue, respectivement que la décision d'adjudication doit être annulée pour que les soumissionnaires puissent reformuler leur prix au vu des circonstances qui se sont modifiées depuis le dépôt des offres.

E. 2.1

En l'occurrence, la décision attaquée porte sur le projet de construction d'une halle pour le SIC à E._____, prestations globales pour les volets 1 et 2 – CFC 1-2-3-4-5-6. Elle adjuge d'une part le volet 1, correspondant aux prestations de services (architectes et ingénieurs spécialisés) pour les phases SIA 31 (avant-projet), 32 (projet de l'ouvrage), 33 (demande d'autorisation), 41 (appels

Tribunal cantonal TC Page 7 de 16 d'offres) et comprenant divers frais annexes, à l'entreprise B._____ SA, pour un montant de CHF 2'000'000.- TTC. D'autre part, elle adjuge, sous réserve de l'adoption du crédit d'engagement par le Grand Conseil et la promulgation de celui-ci, le volet 2, correspondant à la réalisation (architectes, ingénieurs spécialisés et entreprises de construction) pour les phases SIA 51 (projet d'exécution), 52 (exécution de l'ouvrage) et 53 (mise en service du bâtiment), à l'entreprise précitée pour un montant de CHF 34'079'500.- TTC.

E. 2.2

En ce qui concerne le reproche de la recourante selon lequel l'autorité intimée a adjugé deux marchés, il appert de ce qui précède que la décision d'adjudication porte sur la totalité du projet et qu'elle l'adjuge, selon le descriptif demandé, au prix offert par l'adjudicataire, à savoir CHF 36'079'500.- TTC. Certes, cette adjudication est séparée en deux volets. Cela étant, l'autorité intimée a expliqué à satisfaction que cette séparation des modalités de financement repose sur des contraintes liées aux commandes publiques. En effet, elle a exposé que, selon le décret du

E. 2.3

En ce qui concerne le grief de la recourante qui reproche à l'autorité intimée d'avoir eu des échanges avec l'intimée pour établir le prix d'adjudication du volet 1, il est vrai que le SBat a eu un échange de courriels avec l'entreprise adjudicataire avant l'adjudication. Cet échange portait sur le calcul des honoraires pour le volet 1 (phases 31, 32, 33 et 41). L'annexe R1 à remplir par les soumissionnaires regroupait, sous le CFC 290.3, les honoraires de tous les mandataires et ET pour les phases de prestations 41 et 51 selon SIA 112 pour CFC 1 et 2. Il ne permettait donc pas au pouvoir adjudicateur de déterminer les montants pour les volets 1 et 2. Aussi, afin de pouvoir déterminer le montant de l'offre pour les phases susmentionnées, des précisions étaient nécessaires. Cela étant, il ne s'agissait pas d'avantager l'adjudicataire en l'autorisant à corriger son offre mais uniquement d'apporter des précisions pour permettre au pouvoir adjudicateur d'attribuer les montants respectifs aux deux volets du projet. Il ressort de cet échange de courriels que l'entreprise précitée a

soumis un calcul pour les CFC 290.1, 290.2, 290.3, 511, 521 et 530, en indiquant notamment le montant de l'offre, les pourcentages

Tribunal cantonal TC Page 9 de 16 de prestations et le montant correspondant pour les phases en question. Le montant communiqué a été arrondi à CHF 2'000'000.- par le pouvoir adjudicateur. Il sied de constater que le montant communiqué est compris dans le total de l'offre déposée par l'adjudicataire. Pour être complet, on peut relever qu'il y a certes une différence de CHF 5'000.- entre le montant estimé pour la phase CFC 511 Taxe d'autorisation [permis de construire et permis d'habiter] et celui ressortant de l'offre pour ce poste; cela étant, cette différence n'est pas déterminante dans la mesure où le montant communiqué a été arrondi vers le haut. Le montant total de l'offre, qui reste de CHF 36'079'500.-, n'a pas été modifié. Comme l'explique l'autorité intimée, les précisions qu'elle a requises avaient uniquement pour but de délimiter les montants pour les volets 1 et 2, afin de procéder à une adjudication ferme pour le volet 1, le volet 2 – soit le solde – étant en revanche adjugé sous réserve de l'adoption du crédit d'engagement par le Grand Conseil et la promulgation de celui-ci. Dans les circonstances de l'espèce, il est constaté que l'échange intervenu entre l'autorité intimée et l'entreprise adjudicataire ne constitue ni une discussion précontractuelle ni une négociation. De même, tant les conditions de l'appel d'offres que l'offre initiale déposée par l'entreprise intimée ne sont en soi pas modifiées, dès lors qu'il s'agissait uniquement de chiffrer le coût des prestations jusqu'à la phase 41, lesquelles étaient quoi qu'il en soit contenues dans celles-ci. Dans la mesure où l'entreprise intimée arrivait en première position au terme de l'évaluation des offres et où il ne s'agissait que d'obtenir des informations sur le calcul des honoraires pour les phases préliminaires sans conséquence sur le prix de l'offre, l'autorité intimée pouvait, sans violer les principes de l'égalité de traitement et de la transparence, se limiter à requérir ces informations auprès de l'intimée uniquement. Partant, contrairement à ce que soutient la recourante, l'intimée ne devait pas être exclue. Pour le reste, la recourante ne dispose pas d'un intérêt suffisant pour obtenir l'échange de courriels susmentionnés, contenant des données extraites de l'offre de l'adjudicataire, au mépris des règles sur la protection du secret des affaires. Au demeurant, le Tribunal cantonal a procédé à l'examen de ces documents et de l'offre et a constaté la réalité des explications fournies à ce propos par l'autorité intimée dans ses observations sur le recours, respectivement par l'intimée. La requête de la recourante tendant à l'accès à cet échange de courriels doit ainsi être rejetée. Pour le même motif, une expertise sur cet aspect ou l'audition d'intervenants – dont celle de l'architecte cantonal –, telles que souhaitées par la recourante, s'avèrent inutiles et ces requêtes d'instruction doivent également être rejetées.

E. 2.4

La recourante soutient encore que la modification importante du calendrier de réalisation influe sur le prix des offres et affecte ainsi une condition essentielle de formation de prix offerts, susceptible d'affecter le classement des offres. Selon l'art. 14 al. 1 let. f RMP, le délai d'exécution doit impérativement figurer dans l'appel d'offres. Les documents d'appel d'offres doivent notamment contenir les informations sur les variantes et la durée du marché ainsi que la durée de validité de l'offre (cf. art. 15 al. 1 let. c et g RMP). En l'occurrence, la planification de la procédure ressortait du document "Dispositions administratives de l'appel d'offres" (version du 5 au 24 février 2020; cf. p. 2). Sous toutes réserves, le calendrier prévoyait en particulier ce qui suit: délai de dépôt des offres au 25 mai 2020, date d'envoi de la décision d'adjudication d'ici à fin août 2020 (avec réserves du résultat du vote du crédit

Tribunal cantonal TC Page 10 de 16 d'investissement mi-septembre et de l'extinction du délai de référendum à mi-octobre), date envisagée de signature du contrat ou début des prestations de l'adjudicataire à mi-octobre 2020 au plus tôt (sous réserves du vote du crédit d'investissement et de l'absence de référendum) et date de début de l'exploitation au plus tard le 30 juin 2023 (certificat de conformité en force et toutes démarches de réception des travaux achevées). L'annexe R6 concerne la planification des études et des travaux; il y est notamment indiqué que l'entreprise totale doit indiquer un planning d'intention. Pour le reste, le projet de contrat traite des délais au ch. 7. Le ch. 7.2, qui porte sur la modification des délais, prévoit notamment qu'en cas de retard dans la procédure d'adjudication et/ou dans la procédure d'autorisation de construire, les délais sont modifiés comme suit: report d'autant de mois de retard lié à l'obtention du permis de construire par rapport aux dates citées dans l'annexe R6. Au vu des documents de l'appel d'offres, les soumissionnaires ne pouvaient ainsi pas ignorer que les délais pourraient être modifiés, bien que la volonté du pouvoir adjudicateur fût initialement de réaliser le projet pour la fin juin 2023. Au contraire, l'autorité intimée a pris soin d'inclure ces éventualités dans le cadre des documents d'appel d'offres, afin que les soumissionnaires en soient informés et établissent leurs offres en conséquence. Du reste, la durée de validité de l'offre court jusqu'à fin décembre 2023 (cf. ch. 3.15 des dispositions administratives de l'appel d'offres). Il résulte de ce qui précède que le dossier d'appel d'offres émettait des réserves quant aux délais fixés et que la durée de validité de l'offre court jusqu'à fin décembre 2023. Les soumissionnaires devaient donc être conscients, au moment de s'engager, que si leur offre était acceptée peu avant son échéance, l'exécution serait de facto reportée. En l'espèce, le calendrier prévu par le pouvoir adjudicateur a été différé, en raison principalement des contraintes liées à la pandémie. L'autorité intimée prévoit nouvellement que le décret et le message relatif au crédit d'engagement seront soumis au Grand Conseil au printemps 2023 (à la place de mi-septembre 2020), que la votation populaire devrait se dérouler en automne 2023 et que la mise en exploitation du SIC devrait avoir lieu au printemps 2026, sous réserve d'éventuels recours contre la décision d'adjudication et des délais des étapes politiques. Cette modification de calendrier doit certes être qualifiée d'importante. Elle est par ailleurs susceptible d'avoir des conséquences pour l'adjudicataire – notamment en terme d'organisation –, laquelle a toutefois déclarée être en mesure d'honorer son engagement. Cela étant, la Cour de céans ne voit pas en quoi elle pourrait entraver la concurrence entre les soumissionnaires comme le soutient la recourante. En effet, les offres déposées ont toutes été évaluées sur la base des critères d'adjudication de l'appel d'offres et du planning initialement prévu par les soumissionnaires. D'éventuelles adaptations de prix qui résulteraient de ce report devront être traitées conformément aux dispositions du contrat, lesquelles sont connues de tous les soumissionnaires. Pour le reste, la durée de la phase d'exécution des travaux reste conforme à celle présentée dans l'offre de l'adjudicataire. Au demeurant, au vu de la planification contenue dans les documents d'appel d'offres, les soumissionnaires devaient être conscients depuis fin 2020 au moins que le planning ne serait pas tenu. Il est par ailleurs étonnant que la recourante a attendu la décision d'adjudication pour soulever la problématique de la modification de calendrier, dans la mesure où elle considère celle-ci comme substantielle. Cela étant, compte tenu de ce qui précède, la question de savoir si elle aurait dû réagir plus tôt peut être laissée ouverte. Au vu de ce qui précède, il doit être constaté qu'il n'y a pas eu de modifications essentielles du marché et des conditions d'appel d'offres susceptibles d'affecter la concurrence entre les

Tribunal cantonal TC Page 11 de 16 soumissionnaires et de conduire à l'exclusion de l'adjudicataire ou à la révocation de la décision d'adjudication. 3. La recourante soutient de plus que l'adjudicataire n'a pas respecté les exigences relatives aux documents de l'appel d'offres en présentant un échantillon de façade lors de son audition devant le comité d'évaluation, ce qui doit conduire à l'exclusion de son offre en application de l'art. 25 al. 1 let. h RMP. Aux termes de l'art. 25 al. 1 let. h RMP, une offre peut être exclue lorsque le soumissionnaire ne respecte pas les exigences essentielles de forme, n'a pas rempli complètement l'offre, ne l'a pas signée, n'a pas respecté le délai de remise ou a modifié les documents d'appel d'offres. En l'occurrence, il n'est pas contesté que les soumissionnaires n'étaient pas autorisés à présenter un échantillon de façade. Dans ses observations sur le recours, l'autorité intimée expose le déroulement des faits lors de l'audition de l'intimée du 30 juin 2020 comme suit: "L'entreprise précitée a certes apporté un échantillon de façade dans un sac, qui a été immédiatement déposé dans un coin de la salle d'audition, à la demande de (...), représentant du Bureau d'appui au maître de l'ouvrage (BAMO), qui se tenait à l'entrée pour accueillir les représentants de l'entreprise et qui s'est tout de suite enquis du contenu du sac. Il résulte de ce qui précède que l'échantillon en question n'a pas été présenté au comité d'évaluation. Le PV de l'audition ne fait d'ailleurs nulle mention de cet échantillon". L'intimée a confirmé ce déroulement des faits. Sur la base de ces explications et de l'absence de mention d'un tel échantillon dans le procès-verbal de l'audition de l'intimée du 30 juin 2020, il doit être retenu que l'échantillon de façade n'a pas été présenté au comité d'évaluation. Du reste, le fait que ce procès-verbal ne relate pas "l'incident" n'a rien d'étonnant puisqu'il a eu lieu avant l'ouverture de la séance. Contrairement à ce qu'allègue la recourante, le fait de se présenter à l'audition et d'entrer dans la salle avec un échantillon interdit ne saurait automatiquement conduire à l'exclusion de l'intimée. Dans le cas d'espèce, une telle sanction serait à l'évidence disproportionnée et violerait l'interdiction de formalisme excessif, dès lors que le document non autorisé n'a manifestement pas été produit et que, partant, le comité d'évaluation n'en a pas eu connaissance. Ainsi, les offres déposées ont pu être appréciées sur la base des mêmes documents et l'égalité de traitement entre soumissionnaires a été respectée. Il s'ensuit que ce grief doit être rejeté. 4. La recourante conteste enfin les notes qu'elle a obtenues au sous-critère n° 1.3 et aux critères n° 3 et n° 4. Elle fait valoir qu'une appréciation conforme de ces critères conduirait à lui adjuger le marché. 4.1. Les dispositions administratives de l'appel d'offres soulignent que le comité d'évaluation évaluera les offres selon les critères d'adjudication suivants:

Tribunal cantonal TC Page 12 de 16 Le ch. 4.9 a trait au barème des notes, qui est de 0 à 5 (0 constituant la plus mauvaise et 5 la meilleure note), et décrit les appréciations générales déterminant chaque note. En particulier, la note 3 (suffisant) correspond à un candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé et dont le contenu répond aux attentes minimales, mais qui ne présente aucun avantage particulier par rapport aux autres candidats et la note 4 (bon et avantageux) à un candidat 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, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification. Il y est précisé qu'une appréciation est donnée par rapport aux attentes de l'adjudicateur et par comparaison avec les autres soumissionnaires. La note peut être précise jusqu'au centième (par exemple: 3.46), notamment pour le prix et à la demi-note pour les critères qualitatifs. 4.2. La recourante critique la note de 3.5 qu'elle a obtenue au sous-critère n° 1.3 "Planification de l'exécution

des prestations et des travaux, y compris le plan de paiements" par rapport à celle obtenue par l'adjudicataire, à savoir 4.0 (recte 4.5), et motivée par le fait qu'elle aurait soumis un planning jugé trop exigeant pour le fonctionnement du SBat. En l'occurrence, s'agissant de l'offre de la recourante, le comité d'évaluation a retenu, comme points forts, que le planning général respecte l'échéance fixée avec cinq mois d'avance pour le permis d'utiliser, que les durées pour les phases SIA 33 à 53 sont réalistes, bien que très serrées et exigeantes en termes de décisions, et que le plan de paiements des acomptes est équilibré entre financement et avancement des études et travaux, et le premier acompte à la signature du contrat est de 0%. Comme points faibles, il a soulevé qu'une validation du projet définitif par le maître d'ouvrage six semaines après la signature du contrat est utopiste, que le planning ne prévoit pas d'enquête préalable et que le dernier acompte de bouclage des comptes n'est que de 1%, ce qui ne couvre pas le risque des garanties. Pour ce qui est de l'offre de l'adjudicataire, le comité d'évaluation a retenu, comme points forts, que le planning général respecte l'échéance fixée pour le permis d'utiliser, que les durées pour les phases SIA 32 à 53 sont réalistes, bien que très serrées et exigeantes en termes de décisions, que le planning prévoit le dépôt d'une enquête préalable avant la signature du contrat, à sa charge et à

Tribunal cantonal TC Page 13 de 16 ses risques et périls, et que le plan de paiements des acomptes est équilibré entre financement et avancement des études et travaux, et le premier acompte à la signature du contrat n'est que de 1%. Comme points faibles, il a soulevé le fait que le planning prévoit trois mois de travaux de ferblanterie et de couverture en plein hiver. Compte tenu des faiblesses soulevées par le comité d'évaluation, il n'est pas déraisonnable d'avoir attribué à la recourante la note de 3.5 pour le sous-critère n° 1.3. En effet, même si les documents d'appel d'offres ne demandaient pas expressément le dépôt d'une enquête préalable, cette exigence découle de la procédure de permis de construire concernant une parcelle sise dans la zone d'activités de la Commune de E._____, dont le règlement communal d'urbanisme – en cours de révision – impose le dépôt d'une demande préalable avant toute demande de permis selon procédure ordinaire ou ayant trait aux espaces extérieurs, à l'ouest de G._____ (cf. art. 12 al. 3 RCU en révision). Or, l'annexe R6 relative à la planification des études et des travaux indique que le planning doit tenir compte des procédures administratives, en citant explicitement à titre d'exemples la demande préalable. S'agissant du planning proposé par la recourante, la Cour de céans ne voit par ailleurs pas en quoi une avance sur l'échéance de mise en service de l'ouvrage prévue par le pouvoir adjudicateur donnerait de meilleures garanties de respect des délais du projet comme elle l'allègue. Du reste, l'annexe R6 mentionne que la planification proposée par le soumissionnaire sera analysée selon son degré de faisabilité et de réalisme. Un planning trop serré risque au contraire d'entraîner des contraintes pour un maître d'ouvrage public, ainsi que le souligne l'autorité intimée, ce qui n'est pas dans l'intérêt de celui-ci et ne saurait justifier une notation plus élevée. Partant, ce grief doit être rejeté. 4.3. La recourante critique également la note de 3.0 qu'elle a obtenue au critère n° 4 portant sur les références des soumissionnaires. Elle soutient que la double évaluation des critères d'aptitude, au stade de la sélection, puis de l'adjudication, crée une distorsion de concurrence. En effet, elle relève qu'en l'espèce, les références des soumissionnaires ont déjà été notées au stade de la phase de sélection – lors de laquelle elle a obtenu la note de 4.0 – et que, pour la seconde phase, seules les références des entreprises sanitaires et d'électricité étaient requises. Dans la mesure où elle a proposé une seule et même entreprise, elle s'étonne d'avoir cette fois obtenu une moins bonne note. Quoiqu'il en soit, elle estime que sa note a été sous-évaluée et

qu'elle mérite au minimum la note de 4.0. 4.3.1. 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 2017 83 du 15 janvier 2018 et les réf. cit.). 4.3.2. En l'occurrence, il est d'emblée constaté que le critère n° 4 relatif aux caractéristiques et références complémentaires est expressément mentionné comme critère d'adjudication dans les dispositions administratives de l'appel d'offres (cf. ch. 4.7). L'annexe P4 "Caractéristiques du candidat" demandait des informations, d'une part, par rapport à l'entreprise en charge des installations et travaux sanitaires et, d'autre part, par rapport à l'entreprise en charge des installations

Tribunal cantonal TC Page 14 de 16 et travaux d'électricité; quant à l'annexe Q8, elle requérait les références des entreprises complémentaires. Aussi, si la recourante entendait contester que ce critère soit considéré comme un critère d'adjudication alors qu'elle estimait qu'il s'agissait d'un critère d'aptitude, elle aurait dû soulever ce grief au stade de l'appel d'offres déjà; faute d'avoir recouru à ce moment-là, elle ne peut plus contester ce grief avec la décision d'adjudication. Partant, en tant qu'il est dirigé contre l'appel d'offres dûment entré en force, son grief est tardif et n'a en soi pas à être examiné plus avant. En tout état, il peut être souligné que l'autorité intimée n'a pas procédé à une double évaluation des critères d'aptitude; en effet, ainsi que le relève la recourante elle-même, lors de la seconde phase de procédure ici litigieuse, seules les références des entreprises qui n'avaient pas encore été demandées lors de la première phase de sélection, étaient requises, à savoir celles des entreprises en charge, d'une part, des installations et travaux sanitaires et, d'autre part, des installations et travaux d'électricité. En ce qui concerne la note obtenue par la recourante, le comité d'évaluation a retenu, comme point fort, que les entreprises d'installations sanitaires et d'installations électriques démontraient une capacité suffisante. Il a cependant soulevé les points faibles suivants. La première référence de l'entreprise d'installations sanitaires et électriques n'est pas de même nature que le projet dans la mesure où il s'agit d'une référence d'un bâtiment scolaire réalisé en 2016 pour 1.5 mio. La deuxième référence de l'entreprise d'installations sanitaires et électriques n'est pas de même nature que le projet puisqu'il s'agit d'une référence de rénovation et transformation d'un bâtiment culturel réalisé en 2019 pour 3.8 mio. Sur la base de ces explications, il n'apparaît pas insoutenable d'avoir attribué à la recourante, la note de 3.0, correspondant à une note suffisante, pour le critère n° 4. 4.4. La recourante conteste enfin l'évaluation du critère n° 3 "Personnes clés", auquel elle a obtenu la note de 3.5. Elle critique le fait que le pouvoir adjudicateur a renoncé, en cours de procédure, à exiger un spécialiste de la conservation des biens culturels au prétexte qu'il n'en existerait que deux, dont un présenté par elle, et demande que le profil de la personne qu'elle a présentée soit pris en compte. Elle réfute également qu'il existait une faiblesse dans les références de l'architecte du projet, ainsi que le maître de l'ouvrage l'a indiqué. Elle demande à obtenir au moins la même note que l'adjudicataire, soit la note de 4.0. La Cour de céans constate qu'au compte tenu des considérants qui précèdent, une note de 4.0 telle que requise par la recourante pour ce critère ne lui permettrait ni d'arriver première au classement ni d'atteindre un écart de points inférieur à 2% (< 10 points sur 500) permettant

d'appliquer le ch. 4.8 des dispositions administratives d'appel d'offre, selon lequel, dans ce cas, les offres seront considérées comme équivalentes et l'appréciation du critère n° 1 sera déterminante pour désigner le lauréat de la procédure. Cela étant, il peut néanmoins être souligné que, pour ce qui concerne la personne-clé "Spécialiste en conservation des biens culturels", l'appel d'offres lancé le 25 février 2020 exigeait certes la présentation d'un tel spécialiste. Cela étant, lors de la séance de présentation du dossier d'appel d'offres du 2 mars 2020, la question suivante a été posée (cf. n° 8): "Maintenez-vous l'exigence de la personne-clé «Spécialiste en conservation des biens culturels»? ", à laquelle il a été répondu: "Non, ce sera H. _____ du SBC qui sera désigné pour conseiller les entreprises totales et suivre le projet pour les utilisateurs, ceci principalement pour la construction de l'abri PBC du SIC vis-à-vis de la Confédération". Parmi les questions posées par écrit en date du 6 mars 2020, la question n° 20

Tribunal cantonal TC Page 15 de 16 a trait aux personnes-clés; dans la réponse, il est rappelé que la fonction de spécialiste en traitement des biens culturels est abandonnée. Ainsi, l'exigence de présenter un spécialiste en conservation des biens culturels a été abandonnée moins d'une semaine après le lancement de l'appel d'offres et plus de trois mois avant le délai pour le dépôt des offres. Le renoncement de cette exigence a été communiqué aux soumissionnaires par biais des questions / réponses. On ne saurait voir dans la façon de faire de l'autorité intimée une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement. Compte tenu du principe de la bonne foi et de l'exigence de célérité à laquelle obéit la procédure relative à la passation des marchés publics, si la recourante entendait s'opposer à l'abandon de cette exigence, elle aurait dû soulever ce grief au stade de l'appel d'offres déjà, cas échéant en requérant une décision formelle à ce sujet, mais dans tous les cas elle ne pouvait pas attendre la décision d'adjudication; faute d'avoir recouru à ce moment-là, elle ne peut plus contester ce grief avec la décision d'adjudication. Il s'ensuit également que c'est à juste titre que l'autorité intimée n'a pas tenu compte du spécialiste en conservation des biens culturels pour évaluer le critère n° 3. Dans ces circonstances, la requête de la recourante tendant à consulter les éléments du dossier ayant conduit à l'abandon de l'exigence du spécialiste en conservation des biens culturels devient sans objet et sa demande tendant à l'audition du spécialiste qu'elle avait proposée doit être rejetée. En ce qui concerne les références de l'architecte du projet, l'annexe R9 exige qu'une fiche soit remplie par personne-clé, dont une pour "Architecte en charge de l'élaboration du projet (phases 31 à 33)". L'autorité intimée explique que le comité d'évaluation a constaté une faiblesse dans les références de l'architecte du projet proposé par la recourante, dans la mesure où celui-ci dispose d'une première référence qui ne concerne pas le 100% des prestations SIA. Selon l'autorité, la recourante n'a visiblement pas saisi le libellé de l'annexe R9; la personne clef en tant qu'architecte en phase de l'élaboration du projet pour les phases 31 à 33 était appelée à fournir des références mais il n'était nulle part indiqué que ces références devaient se limiter aux phases 31 à 33. Cette appréciation n'apparaît pour le moins pas insoutenable. 5. 5.1. Mal fondé, le recours (602 2022 88) doit ainsi être rejeté dans la mesure de sa recevabilité. L'affaire étant jugée au fond, la demande d'effet suspensif (602 2022 90) est devenue sans objet. 5.2. Il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure en application de l'art. 131 CPJA. 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). Obtenant gain de cause, les recourants ont droit à une indemnité de partie (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 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).

Tribunal cantonal TC Page 16 de 16 En l'occurrence, l'affaire n'est pas d'une ampleur ou d'une complexité particulière qui justifierait de s'écarter de la limite maximale de CHF 10'000.- d'honoraires prévue par l'art. 8 al. 1 du tarif, de sorte qu'il se justifie de fixer l'indemnité de partie à un montant de CHF 10'874.25 (honoraires: CHF 10'000.-; débours: CHF 96.80; TVA à 7.7%: CHF 777.45). Celle-ci 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). la Cour arrête I. Le recours (602 2022 88) est rejeté dans la mesure où il est recevable. II. La requête d'octroi de l'effet suspensif (602 2022 90), devenue sans objet, est rayée du rôle. III. Les frais de procédure, par CHF 5'000.-, sont mis à la charge de la recourante. Ils sont compensés avec l'avance de frais versée. IV. Un montant de CHF 10'874.25 (y compris CHF 777.45 de TVA), à verser à Me Jean-Michel Brahier à titre d'indemnité de partie, est mis à la charge de la recourante. V. 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 23 août 2022/jfr/vth Le Président suppléant : La Greffière-rapporteuse :

E. 7

septembre 2016 relatif à un crédit d'engagement pour l'acquisition du bâtiment F. _____ SA à C. _____ et sa transformation en centre de SIC, le montant accordé à l'époque de CHF 31'100'000.- n'était pas suffisant pour la construction du SIC à E. _____. Un nouveau crédit d'engagement sera donc nécessaire pour la réalisation du bâtiment SIC. Le budget 2022 prévoit un report de crédit d'un montant de CHF 2'996'650.- pour cet objet. Le message relatif au crédit d'engagement, basé sur l'autorisation de construire et un retour des soumissions de sous-traitants, et qui selon le planning sera traité à la rentrée 2023 au Grand Conseil, sera supérieur d'environ CHF 10'276'703.- au crédit accordé pour le projet à C. _____ pour un investissement total de CHF 41'376'703.-. Ce montant dépasse la limite prévue par l'art. 45 de la Constitution de l'Etat de Fribourg du 16 mai 2004 (1% du total des dépenses des derniers comptes de l'Etat, soit CHF 40'705'699.- basés sur le budget 2021) et devra par conséquent être soumis au référendum financier obligatoire lors d'une votation populaire à prévoir en automne 2023. Le montant de 3 millions de francs prévu aux budgets 2021-2022 permet de financer les phases SIA 31, 32, 33 et 41, soit jusqu'en février 2023, et peut être utilisé immédiatement et faire l'objet d'une adjudication ferme. Pour le solde, l'adjudication doit se faire sous réserve de l'octroi du crédit par le Grand Conseil et du résultat de la votation populaire. En l'occurrence, on est bien en présence d'une adjudication pour un marché en entreprise totale, effectuée selon le descriptif de l'appel d'offres et l'offre déposée (sous réserve du calendrier). En effet, théoriquement, l'autorité intimée aurait pu adjuger l'ensemble du marché sous réserve de l'octroi du crédit par le Grand Conseil et du

résultat de la votation populaire. Dans la mesure toutefois où elle disposait déjà d'un montant disponible en raison du report de crédit pour la construction du SIC, il est compréhensible qu'elle ait opté pour une adjudication ferme pour le volet 1 afin de démarrer le projet. Cela étant, s'agissant d'un marché en entreprise totale, l'offre de l'adjudicataire inclut nécessairement les prix des sous-traitants (cf. annexe P1, engagement sur l'honneur), de sorte que le prix final pour le crédit d'engagement ne peut pas dépendre du retour des soumissions de sous-traitants comme le laisse entendre la DIME, excepté en ce qui concerne les éventuelles variations de prix prévues dans les documents d'appel d'offres. En revanche, le coût total du crédit d'engagement ne peut pas être chiffré sur la base uniquement de l'adjudication litigieuse, puisqu'il comprend également notamment le coût du mobilier et l'équipement du SIC et des frais annexes (tels que des frais de déménagement des stocks existants), non compris dans le marché adjugé.

Tribunal cantonal TC Page 8 de 16 Pour le reste, s'agissant d'un marché en entreprise totale, en ce qui concerne le prix, le risque demeure en principe auprès de l'adjudicataire (sur ce point, cf. document de projet de contrat, ch. 4, plus particulièrement le ch. 4.1 qui prévoit que le montant de l'offre correspond à un prix plafonné à livre ouvert, avec partage des économies, en cas d'optimisations constructives validées par le maître de l'ouvrage et le ch. 4.7.1 selon lequel, si le montant total facturé par l'entreprise totale est supérieur au plafond des coûts convenu, cette dernière supporte l'intégralité de la part des coûts qui dépasse ce plafond). Dans ces circonstances, la Cour de céans ne voit pas en quoi "cette structuration du prix" ne serait pas conforme aux conditions initiales du marché. A l'évidence, la décision d'adjudication devra être exécutée conformément à son libellé. Si le prix devait être amené à évoluer, notamment pour des raisons de variations des prix dues au renchérissement ou des modifications rendues nécessaires par la procédure de permis de construire, force est de constater que le projet de contrat d'entreprise totale – faisant partie des documents de l'appel d'offres – prévoit ces cas de figure, qu'il règle au ch. 4.1 ss. Enfin, la décision d'adjudication ne fait aucunement mention de l'OPIC, entrée en vigueur le 1er janvier 2022. Le communiqué de presse de la DIME du 24 février 2022, invoqué par la recourante, n'est d'aucune pertinence. En outre, si, dans ses observations sur le recours, l'autorité intimée se réfère à l'OPIC, c'est pour signaler que le procédé utilisé y est d'ailleurs prévu aux art. 14 ss, sans appliquer directement cette ordonnance. Enfin, même si elle indique que le message relatif au crédit d'engagement se basera sur l'autorisation de construire et un retour des soumissions de sous-traitants – correspondant au processus prévu par l'OPIC –, il n'en demeure pas moins que la décision d'adjudication devra être exécutée de manière conforme à sa teneur. Enfin, contrairement à ce qu'allègue la recourante, le volet 1 ne constitue pas une longue phase de développement du projet mais doit permettre de procéder aux phases d'études, de demande d'autorisation de construire et d'appel d'offres; autrement dit, il se rapporte aux phases précédant l'exécution des travaux ressortant des plannings de la recourante et de l'intimée, auquel s'ajoute certes le temps nécessaire aux étapes politiques (octroi du crédit par le Grand Conseil et résultat de la votation populaire). Partant, sur la base de la décision d'adjudication, on ne saurait considérer que le marché a été scindé en deux comme l'allègue la recourante. Le procédé utilisé (adjudication ferme pour le volet 1 et adjudication sous conditions pour le volet 2) ne saurait donc avoir d'incidence dans la concurrence entre les soumissionnaires.