

FR_GERICHTE 602 2023 152 vom 25. März 2024

FR Kantonsgericht, 2024-03-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2023_152

FR: FR_GERICHTE 602 2023 152 du 25 mars 2024

IT: FR_GERICHTE 602 2023 152 del 25 marzo 2024

Regeste

Arrêt de la IIIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

La procédure ayant été lancée après l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2023, de 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 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) –, il y a lieu d'appliquer les règles découlant du nouveau droit.

E. 1.2

Déposé dans le délai et les formes prescrits, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 19 al. 1 LCMP en lien avec les art. 52 al. 1 (contrairement à l'ancien droit qui prévoyait d'abord un recours au Préfet) et 53 al. 1 let. e AIMP 2019. 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

Selon l'art. 56 al. 3 AIMP 2019, le recours 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 pertinents (let. b). L'opportunité d'une décision ne peut être examinée dans le cadre d'une procédure de recours (art. 56 al. 4 AIMP 2019).

Tribunal cantonal TC Page 5 de 16

E. 2

La recourante relève des irrégularités dans la pondération des critères d'adjudication, respectivement des sous-critères, liés à la qualité. Elle conteste essentiellement les notes obtenues par le consortium adjudicataire aux sous-critères n° 2.1, n° 2.3 et n° 2.6 ainsi que, de manière générale, l'évaluation faite par l'autorité intimée quant à ces derniers et aux sous-critères n° 2.2, 2.4 et 2.5.

E. 2.1

La lettre A des documents d'appel d'offres définit les critères d'aptitude auxquels doivent répondre les soumissionnaires. En particulier, sous le ch. 1.2 "Références générales", il est

requis que "[l]e soumissionnaire présente les réalisations les plus significatives et représentatives de son savoir-faire". La lettre B des documents d'appel d'offres mentionne les critères d'adjudication et leur pondération comme suit: Il y est mentionné qu'une note entre 0 et 5 est attribuée à chaque chapitre ci-dessus, multipliée par le poids du chapitre (total maximum de 500 points). Pour le sous-critère n° 1.1 relatif au prix proposé, il est précisé que la méthode appliquée pour la notation du prix est la suivante:

E. 2.2

L'art. 40 AIMP 2019, qui a trait à l'évaluation des offres, prévoit que si les critères d'aptitude sont remplis et les spécifications techniques respectées, les offres sont examinées et évaluées sur la base des critères d'adjudication de manière objective, uniforme et traçable. L'adjudicateur établit un rapport sur l'évaluation (al. 1). Lorsque l'examen et l'évaluation approfondis des offres exigent des moyens considérables et à condition de l'avoir annoncé dans l'appel d'offres, l'adjudicateur peut soumettre toutes les offres à un premier examen sur la base des documents remis et les classer. Il choisit ensuite si possible les trois offres les mieux classées et les soumet à un examen et à une évaluation détaillée (al. 2). Le message type relatif à la révision de l'AIMP du 15 novembre 2019 (version 1.3 du 8 septembre 2022) précise ce qui suit s'agissant de l'art. 40 al. 1 AIMP 2019 (correspondant à l'art. 40 al. 1 du

Tribunal cantonal TC Page 6 de 16 projet): "Les offres ne peuvent être évaluées que sur la base des critères d'adjudication indiqués dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres. Pour faciliter la comparaison des offres, les résultats de l'analyse sont consignés dans un tableau d'évaluation. En pratique, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation en ce qui concerne à la fois l'établissement de ce tableau et l'évaluation des critères. Le rapport dont cette dernière fait l'objet doit cependant permettre de comprendre clairement les motifs des notes attribuées aux différentes offres et donc faire ressortir nettement les avantages de l'offre retenue par rapport aux autres offres." Aux termes de l'art. 41 AIMP 2019, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse.

E. 2.3

Le principe de la transparence – ancré en particulier aux art. 2 let. b et 11 let. a AIMP 2019 – exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions; à tout le moins doit-il spécifier clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. En outre, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective. En tous les cas, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères (ATF 125 II 86 consid. 7c et les références citées). Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et sous-critères utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul...) ne doivent pas nécessairement être

portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (cf. ATF 130 I 241 consid. 5.1 et les références citées; cf. arrêt TC FR 602 2018 37 du 4 septembre 2018 consid. 6.2). Le point de savoir si, dans un cas d'espèce, les critères utilisés sont inhérents au critère publié ou relèvent d'une grille d'évaluation, en sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241 consid. 5.1). Par ailleurs, le Tribunal cantonal vaudois a eu l'occasion de retenir ce qui suit (cf. pour le tout, arrêt TC VD MPU.2017.0007 du 9 août 2017 consid. 2c). Concernant plus particulièrement l'échelle de notation qui participe de la méthode d'évaluation retenue par le pouvoir adjudicateur, il s'agit d'un outil lui permettant de traduire en chiffres les appréciations qualitatives qu'il a portées sur les offres soumises pour chacun des critères préalablement posés. A l'instar de ce qui prévaut en matière de fixation des critères d'adjudication, de leur ordre d'importance ou encore de leur pondération (arrêt TC VD MPU.2015.0012 du 30 juin 2015 consid. 3a et les réf. citées), l'échelle de notation doit être arrêtée avant le dépôt des offres et ne saurait être modifiée postérieurement, au risque de consacrer une violation du principe de transparence (pour un exemple en ce sens, cf. arrêt TC VD MPU.2015.0012 précité consid. 4 et 5). Il va de soi qu'elle doit de plus être suffisamment précise, afin d'éviter tout risque de manipulation. A défaut, il suffirait au pouvoir adjudicateur d'établir une échelle de notation si vague qu'il lui serait ensuite loisible de favoriser l'une ou l'autre des offres au

Tribunal cantonal TC Page 7 de 16 moment de l'évaluation, sans que l'on puisse cependant lui reprocher de n'avoir pas respecté l'échelle préalablement définie. Le fait qu'aucune échelle de notation ni autre aide à la notation établissant une méthode d'évaluation critère par critère n'ait été arrêtée préalablement au retour des offres et sur la base des attentes du pouvoir adjudicateur, contrairement à ce que prescrit expressément l'art. 37 al. 4 RLMP-VD, constitue une violation du principe de transparence. Toutefois, de jurisprudence constante, une violation du principe de transparence n'entraîne l'annulation de l'adjudication que pour autant que les vices constatés aient effectivement influé sur le résultat (arrêts TC VD MPU.2015.0040 du 10 novembre 2015 consid. 6b/bb et cc; MPU.2015.0034 du 11 août 2015 consid. 3c). Tel n'est pas le cas si l'autorité adjudicatrice n'a pas excédé ni abusé de son large pouvoir d'appréciation et qu'aucun élément ne permet de la soupçonner d'avoir procédé à une évaluation qui favoriserait un soumissionnaire (arrêt TC VD MPU.2015.0040 précité consid. 6b/cc).

E. 2.4

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. 1.3 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, 2ème éd. 2023, p. 403). En outre, l'art.

96a du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1) impose à l'autorité de recours d'examiner avec retenue les décisions d'une autorité à laquelle la législation accorde une large marge d'appréciation.

E. 3

Dans la mesure où la recourante prétend que l'obligation d'arrêter les instruments servant à l'évaluation des offres avant le dépôt de celles-ci n'a pas été respectée et dénonce ce faisant une violation du principe de la transparence, il sied à titre liminaire d'examiner ce point. Le système de notation des différents critères d'adjudication est inclus dans le rapport d'évaluation (qui indique en outre le résultat de chaque critère, la note et les points pondérés). L'ordre du jour, daté du 13 juillet 2023, de la séance COPRO n° 12 – agendée le 17 juillet 2023 – mentionne que le point 3 a trait aux documents pour les appels d'offres, parmi lesquels figure le document "évaluation d'une entreprise". Le procès-verbal de cette séance – daté du 24 juillet 2023 – montre que les documents d'appel d'offres ont fait l'objet du point 6. Cela étant, il apparaît que plusieurs adaptations, respectivement mises à jour devaient encore être apportées à des documents, notamment quant aux pourcentages des critères d'adjudication. Aucune information n'en ressort s'agissant du système de notation, respectivement d'évaluation. Pour le reste, aucune pièce figurant au dossier du pouvoir adjudicateur ne permet de déterminer de manière certaine si ce système a été arrêté avant le délai de retour des offres, initialement prévu le 28 août 2023 et prolongé au 8 septembre 2023. Dans sa détermination sur le recours, la commune explique que la notation des différents critères (attribution des notes) s'est faite selon un système d'évaluation prédéfini avant même la publication des offres sur SIMAP – soit en 2023 –, en même temps que l'établissement des critères d'adjudication. Elle précise que celle-ci a été finalisée lors de la séance COPRO du 17 juillet 2023.

Tribunal cantonal TC Page 8 de 16 Amené à se prononcer sur un cas dans lequel il n'était pas non plus possible de déterminer avec certitude si les instruments d'évaluation étaient déjà arrêtés au moment du dépôt des offres, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas arbitraire de se fier aux déclarations du pouvoir adjudicateur, notamment en l'absence de tout élément laissant envisager le contraire (arrêt TF 2D_31/2018 du 1er février 2019 consid. 5.4). La Cour de céans n'ayant pas de raison de mettre en doute l'affirmation de l'autorité adjudicatrice, il y a lieu de retenir que les outils d'évaluation étaient déjà arrêtés au moment du retour des offres. Le grief de violation du principe de la transparence sera traité également au consid. 4 ci-dessous à propos des différents critères d'adjudication en lien avec lesquels il est soulevé.

E. 4

La recourante fait valoir que l'autorité intimée n'a pas réellement pondéré les critères d'adjudication, excepté le coût de l'ouvrage. Elle indique que, sur les 40 autres notes attribuées aux soumissionnaires, seules 3 sont inférieures à la note maximale. Elle en déduit que la notation paraît ainsi arbitraire, ce d'autant plus que la méthode de notation du prix au cube accentue les écarts entre les concurrents. Elle soutient que cette méthode consiste en la méthode favorisant le plus l'offre avec le meilleur prix, de sorte que l'évaluation des autres critères doit être réalisée avec une certaine exigence. Elle estime que, si la note maximale est facilement attribuée, le marché sera adjugé dans tous les cas à l'offre la plus faible, en violation du principe de la transparence et de l'art. 41 AIMP 2019 qui prévoit que le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse. Elle soutient que

l'autorité intimée a confondu les critères d'aptitude et d'adjudication pour les sous-critères n° 2.1 à 2.5. Elle critique le fait que l'autorité intimée, reprenant les conclusions de l'organisateur, a considéré que la simple fourniture de références, d'un organigramme et d'un planning suffisait pour obtenir la note maximale.

E. 4.1

Contrairement à ce que relève l'autorité intimée, la recourante ne remet pas directement en cause la méthode de notation du prix au cube. De même, elle ne conteste pas les critères d'adjudication retenus par le pouvoir adjudicateur et leur pondération tels qu'ils figuraient dans les documents d'appel d'offres. Ce n'est par ailleurs qu'à réception du rapport d'évaluation – qui lui a été communiqué par courrier du 8 février 2024 – que la recourante a pris connaissance du système de notation – autrement dit quelle note pour quel cas de figure – utilisé par l'autorité intimée pour l'évaluation des offres; au stade de l'appel d'offres, elle avait uniquement connaissance du fait qu'une note entre 0 et 5 serait attribuée à chaque chapitre (sur cet aspect, cf. 4.2.2 ci-dessous). Par ailleurs, selon la jurisprudence, seuls les cas d'irrégularités manifestes ou particulièrement évidentes dans le déroulement de l'appel d'offres doivent être contestés sans attendre sous peine de forclusion (ATF 130 I 241 consid. 4.3; arrêt TC FR 602 2022 88 du 23 août 2022 consid. 4.3.1). C'est donc à tort que l'autorité intimée considère que la recourante aurait dû contester l'appel d'offres. La recourante s'en prend en revanche à la manière dont l'autorité intimée a noté les critères d'adjudication au stade de l'évaluation des offres. Elle conteste partant l'usage du pouvoir d'appréciation par l'adjudicateur. Les critiques de la recourante seront ainsi examinées ci-après.

E. 4.2

La recourante estime que la notation de l'autorité intimée est gravement lacunaire dès lors que celle-ci aurait confondu les critères d'aptitude et d'adjudication.

Tribunal cantonal TC Page 9 de 16

E. 4.2.1

Les critères d'aptitude ou de qualification ("Eignungskriterien") sont des exigences qui subordonnent l'accès à la procédure. Les entreprises soumissionnaires qui ne les remplissent pas voient leur offre exclue d'emblée. Ces critères servent à s'assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché (cf. ATF 143 I 177 consid. 2.3.1; 141 II 353 consid. 7.1; 140 I 285 consid. 5.1). Il n'est cependant pas prohibé de prendre en considération les mêmes critères tant au stade de l'examen de l'aptitude qu'à celui de l'adjudication, pour autant que ces critères puissent faire l'objet d'une certaine gradation. Dans un tel cas de figure, le respect d'un seuil minimum vaudrait en effet critère d'aptitude, tandis que le dépassement (graduel) de cette exigence minimale serait évalué comme un critère d'adjudication (cf. ATF 140 I 285 consid. 5.1; 139 II 489 consid. 2.2.4 et les références citées). Aux termes de l'art. 27 AIMP 2019 – qui a trait aux critères d'aptitude –, l'adjudicateur définit de manière exhaustive, dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres, les critères d'aptitude auxquels doivent répondre les soumissionnaires. Ces critères doivent être objectivement nécessaires et vérifiables pour le marché concerné (al. 1). Les critères d'aptitude peuvent concerner en particulier les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques et organisationnelles des soumissionnaires ainsi que leur expérience (al. 2). L'adjudicateur indique dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres quelles preuves les soumissionnaires doivent fournir et à quel moment (al.

3). Il ne peut poser comme condition que les soumissionnaires aient déjà obtenu un ou plusieurs marchés publics d'un adjudicateur soumis au présent accord (al. 4). Selon l'art. 29 AIMP 2019 – qui se rapporte aux critères d'adjudication –, l'adjudicateur évalue les offres sur la base de critères d'adjudication en lien avec les prestations. Outre le prix et la qualité de la prestation, il peut notamment prendre en considération des critères tels que l'adéquation, les délais, la valeur technique, la rentabilité, les coûts du cycle de vie, l'esthétique, le développement durable, la plausibilité de l'offre, la créativité, le service après-vente, les conditions de livraison, l'infrastructure, le caractère innovant, la fonctionnalité, le service à la clientèle, les compétences techniques et l'efficacité de la méthode (al. 1). Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, l'adjudicateur peut prendre en compte à titre complémentaire la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation professionnelle initiale, des places de travail pour les travailleurs âgés ou une réinsertion pour les chômeurs de longue durée (al. 2). L'adjudicateur indique les critères d'adjudication et leur pondération dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Il peut renoncer à indiquer la pondération lorsque le marché porte sur des solutions, des propositions de solutions ou des procédés (al. 3). Les prestations standardisées peuvent être adjugées sur la base du seul critère du prix le plus bas (al. 4). Selon la jurisprudence, les soumissionnaires peuvent en principe s'attendre à ce que le pouvoir adjudicateur interprète les critères d'aptitude et d'adjudication selon leur sens commun. S'il n'entend pas leur donner une telle interprétation, les critères concernés devront être en conséquence définis de manière aussi détaillée que possible dans les documents d'appel d'offres afin que les soumissionnaires puissent connaître les exigences que leur offre doit satisfaire. Les critères d'adjudication et d'aptitude doivent ainsi être interprétés au regard du principe de la confiance; la volonté subjective du pouvoir adjudicateur importe peu (ATF 141 II 14 consid. 7.1 et les références citées; arrêt TAF B-3885/2016 du 14 juillet 2017 consid. 4.4.1 et les références citées).

E. 4.2.2

En l'occurrence, s'agissant des critères liés aux références, on constate, à l'examen des documents d'appel d'offres que les soumissionnaires devaient compléter, que le pouvoir Tribunal cantonal TC Page 10 de 16 adjudicateur attendait de ceux-ci qu'ils présentent sous la rubrique "A Critères d'aptitudes" des références générales afin de pouvoir juger de leur capacité à mener à bien le marché: "Le soumissionnaire présente les réalisations les plus significatives et représentatives de son savoir-faire". Sous la rubrique "B Critères d'adjudication", le pouvoir adjudicateur mentionne en particulier des critères liés à la qualité, dont certains sous-critères ont trait aux références. Comme exposé ci-dessus (cf. consid. 4.2.1), il est possible de prendre en considération les mêmes critères tant au stade de l'examen de l'aptitude qu'à celui de l'adjudication, pour autant que ces critères puissent faire l'objet d'une certaine gradation. Le critère de la qualité est à l'évidence un critère valable dans l'examen de la rentabilité (cf. art. 29 al. 1 en lien avec l'art. 41 AIMP 2019). Au moins pour les marchés où la compétence est importante, la qualité ne peut pas être appréciée indépendamment de l'entreprise et des personnes qu'elle emploie (cf. ATF 139 II 489 / JdT 2014 I p. 84 consid. 2.2.4). Pour le sous-critère n° 2.1 "Références en rapport avec l'objet ces 10 dernières années" – qui a une pondération de 10% –, il était demandé aux soumissionnaires de présenter deux références. Le rapport d'évaluation des offres indique que la note 0 est attribuée si aucune référence en rapport avec l'objet n'est présentée, la note 3 si une référence en rapport avec l'objet est présentée et la note 5 si deux références en

rapport avec l'objet sont présentées. Ce sous-critère d'adjudication représentait 50 points au maximum (5 points x 10 de pondération) sur les 500 en jeu. L'autorité intimée a indiqué à ce propos (cf. p. 12 de ses observations du 13 décembre 2023) que "l'objectif du pouvoir adjudicateur était de trouver une entreprise capable de réaliser le marché au niveau de sa taille et de sa complexité, sans qu'il soit nécessaire que le soumissionnaire ait réalisé un projet équivalent. [...] Il ne faut pas perdre de vue également que les références en rapport avec l'objet sont des éléments de preuve du sous-critère et pas en soi un élément de jugement dudit sous-critère. [...] Selon la notation du rapport d'évaluation produit sous pièce 6 (confidentielle), la note 5 était attribuée si le soumissionnaire présentait deux références en rapport avec l'objet du marché sur ces 10 dernières années. Tous les soumissionnaires ont présenté des références correspondant aux souhaits du pouvoir adjudicateur, si bien que la même note a été attribuée à tous les soumissionnaires". Il résulte de ce qui précède que l'autorité intimée a donc automatiquement attribué les 50 points en jeu (5 x 10) aux soumissionnaires ayant fourni deux références en rapport avec l'objet ces 10 dernières années, sans procéder à une véritable appréciation, respectivement comparaison, de la qualité des références fournies. De même, s'agissant des sous-critères d'adjudication n° 2.2 "Référence montage dalles bois", n° 2.3 "Référence du responsable de chantier", n° 2.4 "Organigramme", n° 2.5 "Respect du planning" et n° 2.8 "Mesures sociales", il ressort du rapport d'évaluation que la note de 0 est donnée au soumissionnaire s'il ne fournit pas les éléments demandés ou la note de 5 s'il les transmet. Le pouvoir adjudicateur s'est ainsi limité à attribuer la note maximale en jeu pour les sous-critères précités dès lors que les éléments demandés étaient fournis par les soumissionnaires. La qualité de ceux-là n'a ainsi pas non plus fait l'objet d'une évaluation concrète, respectivement d'une comparaison.

Tribunal cantonal TC Page 11 de 16 Comme la recourante l'a indiqué, les soumissionnaires ne pouvaient pas s'attendre à ce que l'autorité intimée opte pour un tel système de notation, lequel revient à traiter les critères d'adjudication comme des critères d'aptitude. Le document d'appel d'offres précisait (rubrique C Signatures) que les références manquantes ou non remplies constituaient un motif d'exclusion, tout comme le fait de ne pas remplir et signer les conditions particulières de l'ouvrage. Il était donc nécessaire pour chaque soumissionnaire de fournir les références demandées, sous peine d'exclusion. S'agissant des critères d'adjudication, le document d'appel d'offres indiquait par ailleurs qu'"une note entre 0 et 5 est attribuée à chaque chapitre ci-dessus, multipliée par le poids du chapitre (total maximum de 500 points)". Conformément au principe de la confiance, il doit être retenu que les soumissionnaires pouvaient déduire de ce qui précède que le pouvoir adjudicateur évaluerait la qualité des éléments transmis et qu'il ne se contenterait pas d'allouer le maximum de points à chacun des soumissionnaires jugés aptes à assumer le marché. Il en aurait été différemment si l'autorité intimée avait indiqué "une note de 0 ou 5". C'est le lieu de relever que le Tribunal administratif fédéral a considéré que l'autorité administrative qui n'exerce pas le pouvoir d'appréciation que le législateur lui a accordé ou qui limite d'emblée les possibilités dont elle dispose, commet un excès de son pouvoir d'appréciation et donc une violation du droit (arrêt TAF B-1185/2020 du 1er décembre 2020 consid. 4.2.3 et références citées). Le Tribunal cantonal de Bâle-Campagne a quant à lui estimé que des critères d'adjudication pour lesquels le respect des exigences minimales entraînait automatiquement le nombre maximal de points n'auraient pas de sens et qu'une telle appréciation était contraire aux principes d'égalité de traitement et d'efficacité économique (arrêt TC BL 810 17 15 du 28 juin 2017, in DUBEY/HÜRLIMANN, La jurisprudence en

marchés publics entre 2018 et 2020, 2020, n°110). Au vu de ce qui précède, la Cour de céans considère que le système de notation retenu par le pouvoir adjudicateur, qui ne repose pas sur une échelle "complète" de notation, est contraire au droit dès lors que les sous-critères n° 2.1, 2.2, 2.3 (référence du responsable de chantier), 2.4 et 2.5 (voire 2.8), n'ont pas été concrètement évalués alors que cette évaluation est expressément prévue par la loi (art. 29 et 40 AIMP 2019). Ce faisant, l'autorité intimée a excédé son pouvoir d'appréciation et violé en particulier les principes de la transparence et de l'égalité de traitement.

E. 4.3

Selon l'art. 29 al. 4 AIMP 19, les prestations standardisées peuvent être adjudgées sur la base du seul critère du prix le plus bas. Pour le reste, les critères de qualité doivent toujours être appliqués, ceci pour satisfaire les objectifs des marchés publics conformément à l'art. 2 let. a AIMP 2019 qui engage les adjudicateurs à utiliser les deniers publics de manière non seulement économiques, mais aussi de manière à avoir des effets économiques, écologiques et sociaux durables (cf. dans ce sens MARTI, *Changement de paradigme en droit des marchés publics*, 2022, p. 48 s.; message type relatif à la révision de l'AIMP du 15 novembre 2019, art. 29 al. 4). Le Tribunal administratif fédéral a retenu qu'il peut exister un décalage, contraire à la loi, entre la pondération indiquée dans l'appel d'offres et la pondération "effective" ressortant de la méthode d'évaluation choisie non seulement en ce qui concerne le prix, mais également en ce qui concerne les critères qualitatifs d'adjudication (ATAF 2018 IV/2 consid. 6.2 en relation avec 7.3 et 7.4). En l'espèce, selon l'appel d'offres, sur les 500 points en jeu, 300 découlaient du critère du coût. Les 200 points restants relevaient des critères de qualité. Les soumissionnaires étaient par ailleurs d'emblée exclus s'ils ne fournissaient pas les références demandées et/ou s'ils ne remplissaient/signaient pas les autres documents, en particulier les conditions particulières de l'ouvrage.

Tribunal cantonal TC Page 12 de 16 Avec le système de notation retenu par l'autorité intimée, le maximum de points en jeu pour les sous- critères n° 2.1 "Références en rapport avec l'objet ces 10 dernières années", n° 2.2 "Référence montage dalles bois", n° 2.3 "Référence du chef de chantier", n° 2.4 "Organigramme" et n° 2.5 "Respect du planning" était automatiquement attribué aux soumissionnaires ayant déposé les références, l'organigramme ou le planning demandés. Il ne leur était dès lors pas possible de se démarquer de leurs concurrents à ce niveau, puisque chacun d'entre eux obtenait le même nombre de points s'il fournissait les éléments requis, ce qui ressort manifestement du tableau de notation et du rapport d'évaluation des offres. En effet, sur l'ensemble des notes attribuées, seules trois sont inférieures à la note maximale. Or, il appert que ces trois notes inférieures concernent les sous- critère n° 2.3 "Qualification du chef de chantier" (2 notes) et 2.6 "Assurance qualité" (1 note), soit des sous-critères pour lesquels le système de notation prévoyait une évaluation contrairement aux sous-critères susmentionnés (note de 0 à 5 pour la qualification du responsable de chantier en fonction de la possession d'un CFC ou non et du nombre d'années d'expérience; note de 0, 3 ou 5 pour l'assurance qualité en fonction de la certification de l'entreprise). Ce système de notation a pour conséquence de drastiquement limiter la concurrence entre les différentes offres puisqu'elle ne s'opère concrètement que sur les critères n° 1 "Coût" et les sous- critères n° 2.3 "Qualification du responsable de chantier", n° 2.6 "Assurance qualité" et n° 2.7 "Formation des apprentis". La concurrence se joue sur un total 337.5 points – à savoir 300 points pour le critère n° 1

"Coût" et 37.5 points (17.5 + 10+ 10) pour les sous-critères n° 2.3, 2.6 et 2.7 – (voire 347.5 en tenant compte du sous-critère n° 2.8 "Mesures sociales") et non sur les 500 points annoncés. La pondération du critère "Coût" atteint dans les faits 88.8 % (86.3 % en tenant compte du sous-critère n° 2.8 "Mesures sociales") au lieu des 60% mentionnés dans l'appel d'offres, ce qui conduit à un résultat choquant (cf. dans ce sens, Guide concernant l'acquisition de prestations globales de la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics [KBOB], état au 18 novembre 2021, V1.1, p. 20 s., qui préconise une pondération des critères de prix dans une fourchette de 40 à 60% pour les travaux de construction avec exigences moyennes et de 30 à 40% pour les travaux de construction avec exigences spécialisées). Il en résulte une violation du droit, plus particulièrement un abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée (art. 9 CPJA) ainsi qu'une violation des principes de transparence et de concurrence efficace et équitable (art. 2 let. b et d AIMP 2019). Le fait que les sous-critères n° 2.1, 2.2, 2.3 (référence du responsable de chantier), 2.4, 2.5 et 2.8 n'aient fait l'objet d'aucune évaluation concrète a eu une réelle influence sur l'issue de l'adjudication. En effet, les résultats obtenus par l'adjudicataire et la recourante étaient très serrés. Eu égard à la pondération prévue pour les différents critères, la recourante aurait pu obtenir la première place - et donc le marché - si l'adjudicataire s'était vu attribuer une note à peine inférieure pour l'un de ces sous-critères.

E. 4.4

Pour les motifs qui précèdent déjà, le recours doit être admis et la décision attaquée annulée. Le principe de transparence exige que le système de notation soit arrêté par l'autorité adjudicatrice avant le dépôt des offres, faute de quoi celle-ci pourrait être tentée d'opter pour un système de notation influençant le résultat de l'évaluation des offres. Dès lors que le système de notation qui avait été arrêté dans le cas d'espèce est contraire au droit, il doit être remplacé. Il s'ensuit que la procédure d'appel d'offres doit être reprise ab ovo.

Tribunal cantonal TC Page 13 de 16

E. 5

La recourante soutient en outre que l'autorité intimée a abusé de son pouvoir d'appréciation en attribuant la note de 3 à la recourante pour le sous-critère n° 2.6 "Assurance qualité". Elle estime que l'adjudicataire n'aurait pas dû recevoir de points pour ce sous-critère dès lors que la certification "FFF Qualitätssignet" ne concerne pas l'entreprise elle-même, mais un produit (en l'occurrence des fenêtres) ne faisant pas l'objet du marché en cause. Selon son rapport d'évaluation, le pouvoir adjudicateur accorde la note de 5 "si l'entreprise est certifiée ISO ou équivalent et apporte la preuve", la note de 3 "si l'entreprise a un système de qualité interne, non certifié ou certification non renouvelée" et la note de 0 "si l'entreprise n'est pas certifiée ou aucun système de qualité interne". A l'examen des offres déposées, on constate que l'une des deux entreprises du consortium adjudicataire a mentionné "FFF Qualitätssignet" comme "système de qualité interne, non certifié". L'autre a simplement indiqué "vorhanden" sous cette même rubrique. Aucun justificatif ne figure au dossier à ce titre. La mention "FFF Qualitätssignet" correspond au label de qualité de l'Association suisse des fenêtres et façades. Celui-ci vise la fourniture de fenêtres suisses de qualité certifiée et le montage de celles-ci. Dès lors que le marché en cause porte sur des travaux de gros œuvre, construction bois, et non sur la fourniture de fenêtres, ce label n'apparaît nullement relevant pour apprécier la qualité interne du consortium adjudicataire. Par ailleurs, seule une des deux entreprises dudit consortium s'en prévaut. Dans ces

circonstances, la critique de la recourante semble fondée et la note de 3 accordée à l'adjudicataire pour le sous-critères n° 2.6 n'apparaît à ce stade pas soutenable. Il appartiendra cas échéant à l'autorité intimée de démontrer que son appréciation est justifiée. Comme vu ci-avant, l'autorité intimée n'a pas évalué les critères qualité conformément à la réglementation applicable, de sorte que le recours doit être admis et la décision attaquée annulée. La question de savoir si l'adjudicataire aurait dû obtenir la note de 0 au sous-critère n° 2.6 peut ainsi à ce stade demeurer indéterminée.

E. 6.1

Il résulte de ce qui précède que, bien fondé, le recours (602 2023 152) doit être admis et la décision communale du 24 octobre 2023 annulée. Le dossier est renvoyé à l'autorité intimée afin qu'elle reprenne la procédure ab ovo et fasse publier un nouvel appel d'offres pour le marché. L'affaire étant jugée au fond, la demande d'octroi de l'effet suspensif (602 2023 154) est devenue sans objet.

E. 6.2

Compte tenu de l'issue du recours, la requête d'accès au dossier formulée par la recourante devient sans objet. C'est le lieu cependant d'attirer l'attention de l'autorité intimée sur les exigences liées à la tenue correcte d'un dossier, en particulier quant à la production d'un bordereau et à la numérotation des pièces (cf. notamment ATF 130 II 473 consid. 4.1; arrêt TF 9C_774/2017 du 5 juillet 2018 consid. 2.2).

Tribunal cantonal TC Page 14 de 16 S'agissant de la question de la récusation des organisateurs du marché, il convient par économie de procédure de relever ce qui suit. Aux termes de l'art. 13 al. 1 AIMP 2019, ne peuvent participer à la procédure d'adjudication, du côté de l'adjudicateur ou du jury, les personnes qui : a) ont un intérêt personnel dans le marché; b) sont liées par les liens du mariage ou du partenariat enregistré ou mènent de fait une vie de couple avec un soumissionnaire ou un membre de l'un de ses organes; c) sont parentes ou alliées, en ligne directe ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale, d'un soumissionnaire ou d'un membre de l'un de ses organes; d) représentent un soumissionnaire ou ont agi dans la même affaire pour un soumissionnaire, ou e) ne disposent pas, pour toute autre raison, de l'indépendance nécessaire pour participer à la passation de marchés publics. En l'occurrence, il ressort effectivement des pièces produites par la recourante et de l'offre du consortium adjudicataire que ce dernier a déjà participé à des projets avec les sociétés F._____ SA et G._____ SA, à savoir avec le service organisateur et l'ingénieur du marché litigieux, y compris s'agissant de références produites. Le rapport d'évaluation des offres et la liste comparative avec notation selon les critères d'adjudication ont été établis par F._____ SA. Il ressort du procès-verbal de la séance COPRO n° 13 du 19 septembre 2023 que ces documents ont été présentés par l'organisateur au maître d'ouvrage. Celui-ci les a approuvés et a ensuite procédé à l'adjudication. A l'évidence, le pouvoir adjudicateur a exercé sa compétence décisionnelle. Par ailleurs, il est constaté que, dans la présente procédure de recours, la commune s'en est tenue strictement à sa décision d'adjudication en confirmant la notation attribuée et, partant, la mise à l'écart de l'offre de la recourante. En l'espèce, le seul motif de récusation qui pourrait entrer en ligne de compte est celui de l'art. 13 al. 1 let. e AIMP 2019, à savoir que les personnes qui ont participé à la procédure d'adjudication, du côté de l'adjudicateur ou du jury, ne disposaient pas, pour toute autre raison, de l'indépendance nécessaire pour participer à la passation de marchés publics. Or, il est admis que le pouvoir adjudicateur puisse faire appel à des experts externes, en

particulier pour préparer le dossier d'appel d'offres et, ensuite, pour évaluer les offres (cf. arrêt TA SG B 2018/2019 du 19 avril 2018 consid. 3.2). En l'occurrence, il était clairement annoncé dans l'appel d'offres que F._____ SA était le service organisateur. Pour le reste, le fait que les entreprises susmentionnées – en tant que services organisateurs encore – et le consortium adjudicataire ont déjà eu l'occasion de participer à des projets communs dans le cadre de marchés publics antérieurs ne sauraient en soi consister en un motif de récusation au sens de l'art. 13 al. 1 let. e AIMP 2019. Le fait que ces entreprises ont en l'occurrence dû évaluer les références citées par l'adjudicataire, parmi lesquelles figurent en effet des projets communs, n'y change rien. Il n'y a ainsi pas lieu de douter de l'impartialité des membres de l'architecte et de l'ingénieur organisateurs. Ainsi, malgré des relations commerciales passées, il n'existe à ce stade aucun élément susceptible de démontrer que celles-ci ne disposaient pas de l'indépendance nécessaire ou qu'elles auraient fait preuve de prévention.

E. 7.1

L'adjudicataire n'ayant pas pris part à la présente procédure, il n'y a pas lieu de prélever de frais judiciaires dans la présente cause dès l'instant où la commune, seule partie qui succombe, en est exonérée (art. 133 CPJA).

Tribunal cantonal TC Page 15 de 16

E. 7.2

Il incombe en revanche à la commune qui succombe de verser une indemnité de partie à la recourante qui obtient gain de cause et 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 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). Les mandataires de la recourante ont produit leur liste de frais le 25 janvier 2024. La présente affaire ne saurait être considérée d'une complexité ou ampleur particulière de sorte qu'il ne se justifie pas de dépasser la limite de CHF 10'000.- posée par la réglementation cantonale. Il convient dès lors d'arrêter l'indemnité due à la recourante, à CHF 10'780.30 (honoraires: CHF 10'000.- [CHF 8'000.- pour les opérations réalisées jusqu'au 31 décembre 2023 et 2'000.- pour les opérations réalisées en 2024]; débours: CHF 30.-; TVA CHF 780.30 [7,7% de CHF 8'030.- et 8,1% de CHF 2'000.-]). Cette indemnité est mise à la charge de la commune qui s'en acquittera directement auprès des mandataires de la recourante (art. 137, 140 et 141 CPJA). (dispositif en page suivante)

Tribunal cantonal TC Page 16 de 16 la Cour arrête : I. Le recours (602 2023 152) est admis. Partant, la décision attaquée est annulée. La cause est renvoyée à l'autorité intimée pour reprise de la procédure à son début. II. La requête d'effet suspensif (602 2023 154), devenue sans objet, est rayée du rôle. III. Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance de frais de CHF 3'000.- versée par la recourante lui est restituée. IV. Un montant de CHF 10'780.30 (y compris CHF 780.30 de TVA), à verser à Mes Maillard et Mailler à titre d'indemnité de partie, est mis à la charge de la commune. V. Notification. Pour autant qu'elle porte sur 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 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 25 mars 2024/vth/mrg Le Président La Greffière-rapporteure

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