



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 630, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

602 2021 157
602 2021 159

Arrêt du 22 février 2022

II^e Cour administrative

Composition

Président : Christian Pfammatter
Juges : Johannes Frölicher, Dominique Gross
Greffier-stagiaire : Jean Crausaz

Parties

A._____ SA, recourante, représentée par Me Thierry Gachet,
avocat

contre

PRÉFECTURE DE LA SARINE, autorité intimée,

COMMUNE B._____, intimée, représentée par Me Nathanaëlle
Petrig, avocate

Objet

Marchés publics

Recours du 25 octobre 2021 contre la décision du 14 octobre 2021

attendu

que, dans le cadre du projet de construction du nouveau centre scolaire "C. _____", la Commune B. _____ a lancé une procédure de marché public sur invitation en ce qui concerne le CFC 902 portant sur les équipements de sport. Par l'intermédiaire du bureau D. _____ SA, responsable de l'élaboration de l'appel d'offres, de l'évaluation technique et de la direction des travaux, elle a invité deux entreprises, à savoir E. _____ SA, à F. _____, et G. _____ SA, à H. _____, à soumissionner;

que, selon les documents d'appel d'offres les critères et sous-critères de l'appel d'offres étaient les suivants:

	<i>Critères</i>	<i>Poids</i>	
1	Prix	55%	
1.1	Offre déposée TTC :formule au cube		55%
2	Organisation pour l'exécution du marché	20%	
2.1	Organigramme de l'entreprise (Q2)		5%
2.2	Ressources pour le chantier : nombre, planification et disponibilité des moyens de ressources pour l'exécution du marché (R6)		5%
2.3	Qualification des personnes-clés désignées pour l'exécution du marché (R9)		5%
2.4	Méthode de travail pour atteindre les objectifs (R7)		5%
3	Qualités techniques de l'offre	15%	
3.1	Qualité et adéquation des solutions techniques proposées pour l'exécution du marché (R13)		15%
4	Organisation de base du candidat	10%	
4.1	Organisation qualité du soumissionnaire pour satisfaire les exigences du client (ISO 9001) (Q1)		4%
4.2	Contribution du soumissionnaire à la composante sociale du développement durable (OHSAS 18001) (Q5)		3%
4.3	Contribution du soumissionnaire à la composante environnementale du développement durable (ISO 14001) (Q5)		3%

que, le 31 mai 2021, la société A. _____ SA, à Genève, a déposé une offre en indiquant E. _____ SA comme sous-traitant en qualité de fabricant et fournisseur des équipements de sport, du rideau de séparation et pour le montage si nécessaire, et l'entreprise I. _____ SA, à La Roche, pour la fabrication et le montage des portes des locaux à engins;

que G. _____ SA a communiqué son offre le 28 mai 2021 et a également mentionné des sous-traitants pour des objets spécifiques (porte basculante, cloison grillagée et rideau de séparation);

qu'après épuration des offres, le montant de celle déposée par A. _____ SA était de CHF 180'416.95 et celle de G. _____ SA de CHF 206'471.95;

que, par décision d'adjudication du 22 juillet 2021, la commune a fait savoir à A. _____ SA que, sur la base de l'évaluation multicritères, le marché concernant le CFC 902 avait été attribué à l'entreprise G. _____ SA pour le montant indiqué ci-dessus;

que, donnant suite à une requête du soumissionnaire évincé, les représentants de l'adjudicateur l'ont rencontrée, le 27 juillet 2021, dans le cadre d'un entretien, afin de lui présenter la notation des critères et sous-critères, sans toutefois lui communiquer le tableau complet, ni le rapport d'évaluation;

que, saisie de critiques de l'entreprise qui trouvait que sa notation était excessivement sévère et qui sollicitait la révocation de la décision d'adjudication, la commune a refusé, par lettre du 30 juillet

2021, d'y donner suite en expliquant à nouveau les notes qui ont été attribuées, sous-critère par sous-critère, et en transmettant cette fois le tableau d'évaluation complet. En particulier, elle a souligné que l'appréciation de l'offre avait été effectuée sur la seule base des critères indiqués et non pas en fonction d'une mauvaise référence donnée oralement par une collaboratrice de la commune de J._____. Cela étant, l'adjudicateur a expliqué que, pour apprécier le sous-critère 2.2 (nombre, planification et disponibilité des moyens et des ressources pour l'exécution du marché) et vu l'information donnée par la soumissionnaire qui indiquait que si le nombre de personnes était insuffisant, ce serait l'entreprise sous-traitante qui comblerait le manque de personnel, le bureau technique a pris contact avec une des personnes de référence indiquée (commune de J._____) pour obtenir des renseignements sur la capacité d'intervention et le respect des délais dans un cas concret. Les informations obtenues à cette occasion ne sont venues que confirmer l'appréciation ressortant de l'offre;

que le tableau d'évaluation des critères et sous-critères se présente comme suit:

OBJET / PROJET :	Affaire	
TYPE DE MARCHE :	CFC 902 Equipement de sport	
TYPE DE PROCEDURE :	INVITATION	
ETAPE D'EVALUATION :	ADJUDICATION	

Critères (idem publication et dossiers)			Poids
1	PRIX	55 %	1
2	Organisation pour l'exécution du marché	20 %	
3	Qualités techniques de l'offre	15 %	
4	Organisation de base du candidat ou du soumissionnaire	10 %	
5		%	
Total :			100%

Evaluation par :	6	En date du :	22.06.2021
Validée par :	7	En date du :	

Candidat n°	Nom du candidat (idem dossier)	Montant de l'offre après vérification (TTC)	Critère 1		Critère 2		Critère 3		Critère 4		Critère 5		TOTAL DES POINTS	CLASSEMENT					
			Note attribuée (0 à 5)	Pondération du critère	Note attribuée (0 à 5)	Pondération du critère	Note attribuée (0 à 5)	Pondération du critère	Note attribuée (0 à 5)	Pondération du critère	Note attribuée (0 à 5)	Pondération du critère							
1		SFr. 180'416.95	5.00	55	275.00	2.75	20	55.00	2.00	15	30.00	1.00	10	10.00	0.00	0	0.00	370.00	2
2		SFr. 206'471.95	3.34	55	183.48	4.75	20	95.00	5.00	15	75.00	3.00	10	30.00	0.00	0	0.00	383.48	1

ENTITE PUBLIQUE : _____

que, le 2 août 2021, A._____ SA a recouru contre la décision d'adjudication du 22 juillet 2021 auprès du Préfet du district de la Sarine afin d'obtenir son annulation et l'attribution du marché en sa faveur. En substance, elle a critiqué la manière dont les critères et sous-critères ont été appliqués ainsi que la prise en compte de l'avis de la commune de J._____, qui avait été indiquée comme référence;

que, par prononcé du 14 octobre 2021, le Lieutenant de préfet de la Sarine a rejeté le recours. Il a refusé tout d'abord de communiquer à la recourante les documents internes dont elle sollicitait la consultation (à savoir, les notes relatives aux informations communiquées par la commune de J._____, le rapport d'évaluation et les extraits du procès-verbal de la séance de la Commission technique du 12 juillet 2021). Il a ensuite examiné les différents griefs visant les critères autres que le prix pour arriver à la conclusion que l'autorité intimée avait correctement apprécié les faits, n'avait pas commis un excès ou un abus de son pouvoir d'appréciation et que sa décision respecte pleinement les règles qu'elle s'était données dans les documents d'appel d'offres. En particulier, le Lieutenant de préfet a constaté que l'absence d'un organigramme au sens formel pour le sous-

critère 2.1, l'organisation effective de la recourante pour la réalisation du marché pour le sous-critère 2.2 et l'absence de certification ISO 9001 ou de la description de l'organisation qualité demandée pour le sous-critère 4.1 ont fait l'objet d'une évaluation objective sur la base des données remises par la recourante, respectivement expliquent la notation donnée;

qu'agissant le 25 octobre 2021, A._____ SA a contesté auprès du Tribunal cantonal la décision préfectorale du 14 octobre 2021, dont elle demande l'annulation sous suite de frais et dépens. Elle conclut principalement à l'adjudication du marché en sa faveur et, subsidiairement, au renvoi du dossier à l'adjudicateur pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Préalablement, elle requiert l'accès complet au dossier, en particulier au rapport d'évaluation, aux extraits du procès-verbal de la séance de commission technique du 12 juillet 2021 et aux documents relatifs à la référence donnée par la commune de J._____ afin de lui permettre de déposer un mémoire complémentaire. A l'appui de ses conclusions, la recourante reproche à l'autorité intimée un abus du pouvoir d'appréciation, qui résulte, à son avis, d'une violation du principe de l'interdiction de l'arbitraire, d'une violation du principe de la transparence et d'une violation du principe de l'égalité de traitement. Dans cette perspective, elle fait valoir que, du moment où l'échelle de notation (celle du Guide romand sur les marchés publics) a été annoncée dans les documents d'appel d'offres, l'adjudicateur devait s'y tenir, sous peine de violer les principes fondamentaux du droit des marchés publics. Or, en l'espèce, la notation des sous-critères pour lesquels elle a reçu la note médiocre de 1 ne correspond pas à l'échelle de notation annoncée. S'agissant des sous-critères 2.1, 2.2 et 4.1, elle estime que l'information ou le document fourni ne répond que "partiellement" aux attentes et mérite dès lors la note 2. La note 1, qui sanctionne une information ou un document dont le contenu "ne répond pas" aux attentes, est trop sévère. Elle affirme également que la notation du critère 3 ne correspond pas non plus à l'échelle de notation dès lors qu'au lieu de la note 2, elle aurait dû obtenir la note 3, qui correspond à une information ou un document qui répond aux "attentes minimales, mais qui ne présente aucun avantage particulier par rapport aux autres candidats". Recalculant les points sur la base de ce qui précède, la recourante arrive à un total de 399, à savoir 15.52 points de plus que sa concurrente. Il lui suffirait d'ailleurs d'obtenir la note 2 aux sous-critères 2.1, 2.2 et 4.1 pour passer en tête. La recourante prétend par ailleurs que tout le comportement de l'adjudicateur ne visait qu'à l'écartier du marché parce qu'il aurait voulu que ce soit E._____ SA, et non pas A._____ SA, qui soumissionne. La mise en œuvre des critères et sous-critères ne servait ainsi qu'à compenser au profit de l'adjudicataire l'avance que A._____ SA avait en matière de prix. A l'appui de ses critiques, la recourante cite un certain nombre d'indices, à savoir:

- une déclaration du bureau technique qui s'étonnait qu'il n'ait pas été formé une association d'entreprise;
- le mémoire de réponse de la commune du 6 septembre 2021 où il est indiqué que c'est E._____ SA qui a été invitée à soumissionner alors que c'est A._____ SA qui a déposé l'offre;
- la décision attaquée qui rappelle que la sous-traitance n'était en principe pas autorisée, la commune B._____ favorisant sa préférence vers une organisation claire et simple;
- le fait que le bureau technique ait effectué des simulations de notation, avec des notes plus élevées;

- l'entretien téléphonique entre le bureau technique et M. K. _____, représentant à la fois de E. _____ SA et de A. _____ SA, au terme duquel il aurait été indiqué que la mauvaise référence donnée par la commune de J. _____ expliquait le résultat obtenu;
- le fait que l'adjudicataire, qui recourt aussi à la sous-traitance, n'a reçu aucune critique à ce titre.

S'agissant de la référence de la commune de J. _____, la recourante explique avoir contacté la personne responsable qui lui a indiqué qu'elle s'était bornée à expliquer qu'il existait parfois un manque de réactivité dans les demandes postérieures à l'exécution du mandat. Il n'y avait pas matière, de l'avis de la recourante, à péjorer l'appréciation de son offre. Elle prétend dès lors qu'il s'agit d'une décision d'exclusion illicite qui n'en porte pas le nom. Dans un grief suivant, la recourante conteste la délégation de la notation au bureau technique. Elle fait valoir que l'exercice, par l'adjudicateur, de son pouvoir d'appréciation implique qu'il procède lui-même à l'évaluation en discutant celle préparée par son bureau technique, ce qui n'aurait pas été le cas en l'espèce. Enfin, la recourante invoque une violation du droit d'être entendu dès lors qu'elle n'a pas eu accès au dossier complet de la cause, notamment au rapport d'évaluation, aux extraits du procès-verbal de la commission technique du 2 juillet 2021 et aux notes relatives à la référence donnée par la commune de J. _____. Dans ce sens, elle conteste également la décision préfectorale incidente du 14 septembre 2020 qui lui refusait la consultation de l'intégralité du dossier. Elle estime qu'il est indispensable d'avoir accès au rapport du bureau technique pour comprendre le tableau d'évaluation. Cela permettrait aussi de démontrer que l'adjudicateur n'a pas usé de son pouvoir d'appréciation et a laissé la liberté au bureau technique. Il convient également de faire la lumière sur l'intervention de la commune de J. _____. Elle estime que, dans la mesure où ces pièces figurent au dossier, elle a le droit d'en prendre connaissance du moment qu'aucun intérêt public ne s'y oppose, notamment pas le secret d'affaires. La recourante a assorti son recours d'une requête de mesure provisionnelle urgente visant à interdire la conclusion du contrat et d'une requête d'octroi de l'effet suspensif au recours;

que, par décision provisionnelle urgente du 26 octobre 2021 (602 2021 158), le Juge délégué à l'instruction du recours a interdit toute mesure d'exécution de la décision d'adjudication jusqu'à droit connu sur la demande d'octroi de l'effet suspensif au recours;

que, le 4 novembre 2021, l'autorité intimée a fait savoir qu'elle conclut au rejet du recours en se référant aux décisions incidente et au fond qu'elle a rendues dans cette affaire;

que, dans ses observations du 18 novembre 2021, la commune intimée conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours dans la mesure où il est recevable et à la confirmation des décisions du 14 juillet 2021 et du 22 juillet 2021. Elle requiert la confirmation de la décision préfectorale incidente du 14 septembre 2021 en lien avec l'accès au dossier et au refus du délai requis pour déposer un mémoire complémentaire. Sous l'angle des faits, elle confirme avoir invité, par l'intermédiaire du bureau technique, la société E. _____ SA et la société G. _____ SA à soumissionner. Elle souligne, par ailleurs, que, selon l'appel d'offres, elle était autorisée à contacter les personnes de référence indiquées pour s'assurer notamment du bon déroulement des travaux (point 7.4). De même, elle relève que la sous-traitance n'était a priori pas admise et qu'au cas où elle le serait, elle ne l'était que dans les limites légales (point 8.3.1), étant entendu que l'entrepreneur qui entendait employer un/des sous-traitant(s) devait obtenir préalablement l'accord écrit de la Direction des travaux (point 8.3.2). L'Annexe Q1 demandait si le soumissionnaire avait obtenu une certification officielle, type ISO 9000 ou équivalent. A défaut ou si la procédure de certification était

en cours, il fallait fournir une description succincte des mesures et/ou des actions internes mises en place du point de vue organisationnel pour satisfaire les exigences du client et exécuter le marché en bonne et due forme. La commune relève dans ce contexte que, sous point 2.1 de l'offre, intitulé "nom, adresse, téléphone et raison sociale de l'entreprise soumissionnaire", la recourante a indiqué sous "effectifs actuels détaillés de l'entreprise": production: E. _____ SA 4 personnes; recherche et développement E. _____; acquisition: 3 personnes; administration: 3 personnes. Puis au point 2.4, elle a mentionné E. _____ SA comme "sous-traitant ou fournisseur" pour : "fabrication et fournisseur des équipements de sport, rideau de séparation. Montage si nécessaire". La commune cite également la lettre de la recourante du 28 mai 2021 annexée à l'offre avec la mention Q2 où il est indiqué "pour ce qui concerne le domaine spécifique du sport, c'est Monsieur L. _____ et Monsieur K. _____ qui gèrent les projets. A. _____ SA étant le représentant de E. _____ AG à F. _____, qui est le fournisseur et le fabricant de l'équipement sportif, la partie technique est supervisée par Monsieur M. _____ de l'entreprise E. _____ AG". La commune remarque que la répartition des rôles pour ce projet est ainsi tout sauf simple. En ce qui concerne l'entretien téléphonique avec la collaboratrice de la commune de J. _____, l'intimée indique que cette personne a confirmé l'évaluation en lien avec le peu de personnel mis à disposition et l'organisation interne qui ne semblait pas claire. A aucun moment, il n'a été fait allusion à un problème lié au rideau de séparation ou à un procès en cours;

qu'en droit, l'intimée conteste tout reproche de formalisme dès lors qu'elle a accepté d'entrer en matière sur l'offre de A. _____ SA alors qu'elle avait invité E. _____ SA. Elle estime que toutes les informations nécessaires pour comprendre les notes attribuées et le caractère non abusif de la notation figurent dans son courrier du 30 juillet 2021. Reprenant les différents aspects du litige, elle souligne que, pour le sous-critère 2.1 (organigramme de l'entreprise), la note 1 a été octroyée en raison de l'absence d'organigramme. Une lettre énumérant les responsables par domaine ayant toutefois été remise, la note 1 et non 0 a été attribuée. Il n'en demeure pas moins qu'un organigramme au sens strict, soit "un tableau schématique des diverses parties d'un ensemble complexe, et leurs rapports mutuels", n'a pas été remis, alors qu'il était d'autant plus nécessaire en l'espèce que la situation de la recourante et de l'entreprise sous-traitante n'était pas claire. En ce qui concerne le sous-critère 2.2 (nombre, planification et disponibilité des moyens et des ressources pour l'exécution du marché), la recourante n'a pas rempli de manière complète le formulaire (personnes clés manquantes), ni transmis le planning demandé. Un tel tableau détaillé des interventions n'a pas été fourni et justifierait même pour l'intimée une note 0. Pour le moins, les informations ne répondent pas, à son avis, aux attentes de l'adjudicateur. Il en va de même avec le nombre de personnes mises à disposition pour le chantier. Pour le sous-critère 4.1, la recourante - qui n'a pas de certification officielle prouvant son organisation interne - n'a pas décrit les mesures mises en place dans son entreprise (et pas celles d'un de ses sous-traitants) du point de vue organisationnel pour satisfaire les exigences du client. Il ne s'agit pas d'une certification d'un engin de sport pour laquelle la question de la certification du fournisseur ou sous-traitant pourrait, à la rigueur, se poser, mais d'une certification en lien avec l'organisation et les mesures internes de l'entreprise soumissionnaire. C'est en réalité une note 0 qui aurait dû être décernée et non 1 puisque A. _____ SA n'a tout simplement pas fourni les informations demandées. Pour le critère 3 (qualité technique de l'offre) où l'offre de la recourante a obtenu la note 2 ("correspondant partiellement aux attentes"), l'intimée indique que l'intéressée a transmis une lettre expliquant les qualités d'exécution et le standard Minergie P-Eco. Concernant les risques ou difficultés liés au projet, elle n'a transmis que des risques d'ordre général, sans analyser les risques propres au projet concret, contrairement à l'adjudicataire, qui a procédé à une analyse détaillée et spécifiques par CFC. L'intimée considère

que l'offre de la recourante ne répond pas complètement aux attentes du maître de l'ouvrage qui voulait un rapport technique montrant la compréhension du projet et ses enjeux et qui mettait en évidence les risques éventuels ou difficultés prévisibles du chantier. Dans ces conditions, la commune estime que la note 2 est justifiée. Quant au grief d'arbitraire fondé sur des raisons préalables à la notation, la commune le réfute en soulignant que, dès l'instant où elle a accepté d'entrer en matière sur l'offre de A. _____ SA, alors même que cette entreprise n'avait pas été invitée à soumissionner, son attitude démontre clairement qu'elle n'avait aucune intention d'écarter d'emblée la recourante en raison de l'existence de la sous-traitance avec E. _____ SA. Ce n'était pas la sous-traitance en tant que telle qui a conduit à la notation insuffisante de l'offre, mais l'application des critères en lien avec la volonté du maître de l'ouvrage d'avoir une organisation claire du chantier. S'agissant de la simulation de notation effectuée par son bureau technique, la commune explique qu'en prévision de l'entretien de motivation du 27 juillet 2021, il s'agissait de démontrer à la soumissionnaire que, même avec une augmentation, contestée, de la note relative au critère 2, elle n'aurait pas obtenu le marché, le but étant de la convaincre de ne pas recourir. Quant à la mauvaise référence de la commune, l'intimée renvoie à ce qu'elle a déjà expliqué pour constater que la recourante tente de trouver un motif externe aux notes qui ne lui conviennent pas alors qu'elles reposent sur l'évaluation de son offre. En ce qui concerne la délégation de la notation au bureau technique, la commune rappelle les compétences de ce mandataire et indique que, si ce dernier a bien préparé la partie technique et procédé à l'analyse de l'offre, les propositions d'adjudication et l'évaluation ont été présentées et discutées à la Commission technique lors de la séance du 12 juillet 2021. Il n'y a donc pas, pour l'intimée, matière à un abus du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur, pour autant que ce grief soit compréhensible. Enfin, la commune intimée conteste toute violation du droit d'être entendu. En premier lieu, elle estime qu'aucun motif ne justifie de communiquer l'offre de l'adjudicataire, surtout que les griefs de la recourante ne concernent pas l'offre de son concurrent. Pour le surplus, il n'y avait pas lieu, à son avis, de communiquer les documents internes de l'adjudicateur, parmi lesquels figurent le rapport d'évaluation et les notes internes de téléphone. Elle se réfère dans ce cadre à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral B-1511/2020 du 16 février 2021, consid. 6, et B-255/2021 du 30 juin 2021, consid. 8. De plus, elle souligne que tous les faits pertinents résultent déjà des documents transmis et rappelle qu'elle a organisé une séance de motivation dans un délai de moins de 24h, transmis le tableau des notes des sous-critères et pris position par écrit, point par point sur chacune des notes attribuées à la recourante. S'agissant de la requête d'effet suspensif, la commune relève que ce n'est que si le recours ne paraît pas dénué de chance de succès ou s'il existe des doutes à ce sujet qu'il a y lieu de procéder à une pondération des intérêts en présence. En l'espèce, au vu des observations ci-dessus, la commune considère que le recours est mal fondé et que la contestation de l'appréciation subjective des notes n'est pas recevable. Elle propose dès lors le rejet de la restitution de l'effet suspensif;

que, le 22 novembre 2021, la recourante est intervenue pour solliciter formellement l'accès au dossier désormais produit par l'autorité intimée. Elle a spécialement demandé à consulter les pièces 108 (notes téléphoniques relatives à la référence de la commune de J. _____), 109 (rapport d'évaluation) et 110 (procès-verbal de la séance de la commission technique du 12 juillet 2021);

que, le 23 novembre 2021, le Juge délégué a fait savoir à la recourante que, dès l'instant où la question de l'accès aux pièces requises fait partie de l'objet même du litige, il était exclu de lui accorder par simple mesure d'instruction une consultation contestée par l'adjudicateur. Il a été informé que ce point du recours sera traité par la Cour, cas échéant par décision partielle;

considérant

que, déposé dans le délai et les formes prescrits, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 2 al. 1 de la loi fribourgeoise du 11 février 1998 sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1). Le Tribunal cantonal peut entrer en matière sur ses mérites;

que, selon l'art. 16 al. 1 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2), 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). 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);

que, dans un premier grief, la recourante tente de remettre en cause la notation de son offre en expliquant que l'adjudicateur n'aurait pas respecté l'échelle des notes qu'il avait annoncée dans les documents d'appel d'offres. Elle estime, que, dans ce cadre, il ne s'agit donc pas de contester une note en tant que telle - ce qu'elle sait très difficile à obtenir vu la marge d'appréciation très importante reconnue à l'autorité par l'art. 96a CPJA - mais de se plaindre d'une violation d'une règle figurant dans l'appel d'offres. Elle perd de vue cependant que l'échelle de notation elle-même contient des notions indéterminées qui ne font que confirmer la marge d'appréciation de l'adjudicateur;

qu'en l'occurrence, l'échelle de notation retenue par la commune intimée est reprise du modèle figurant dans le Guide romand sur les marchés publics et se présente comme suit:

Ci-dessous le tableau du guide romand :

Notation	Description
0	Candidat qui n'a pas fourni l'information ou le document non éliminatoire demandé par rapport à un critère fixé.
1 Insuffisant	Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond pas aux attentes
2 Partiellement insuffisant	Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond que partiellement aux attentes.
3 Suffisant	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.
4 Bon et avantageux	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 quelques avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la surqualité et la surqualification.
5 Très intéressant	Candidat 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, ceci sans tomber dans la surqualité et la surqualification.

qu'à la lecture de ce tableau et de la description de la notation, il tombe sous le sens que les notes ne sont pas attribuées abstraitement, mais dépendent étroitement de l'objet du marché et réservent intrinsèquement un large pouvoir d'appréciation à l'adjudicateur. En particulier, savoir si l'information ou le document requis a un contenu qui ne répond pas aux attentes (note 1 insuffisant) ou si ce contenu ne répond que partiellement aux attentes (note 2 partiellement insuffisant) n'enlève rien au pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur. Tout dépend de l'importance attachée au critère par ce dernier et des lacunes constatées. Ainsi, une information peut raisonnablement ne pas répondre

aux attentes, et obtenir la note 1, quand bien même son contenu comporterait certains éléments corrects, mais objectivement très secondaires au point de passer au second plan. Il n'y a pas, de ce point de vue, l'automatisme allégué par la recourante, qui impliquerait d'attribuer nécessairement une note 2, sous prétexte que le document n'est pas totalement inutilisable. En réalité, à tout le moins lorsque l'échelle de notation choisie est standard et ne comporte - comme en l'espèce - aucune particularité, contester la mise en œuvre de cette échelle revient à contester l'usage du pouvoir d'appréciation par l'adjudicateur. Or, l'évaluation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication n'est revue qu'avec une retenue particulière, parce qu'elle suppose souvent des connaissances techniques, qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres présentées par les soumissionnaires et qu'elle comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part de l'adjudicateur. Sur ce point, le pouvoir d'examen de l'autorité de recours est pratiquement restreint à l'arbitraire (cf. art. 96a CPJA déjà cité; arrêt TC FR 602 2016 35 du 5 avril 2017, considérant 5 citant notamment les ATF 125 II 86 consid. 6; arrêts TF 2D_15/2011 du 31 octobre 2011; 2D_34/2010 du 23 février 2011 consid.2.1; 2D_87/2008 du 10 novembre 2008 consid. 2);

qu'en l'occurrence, on cherche en vain une violation du droit dans la mise en œuvre des critères et sous-critères d'adjudication. A l'évidence, la commune intimée n'a pas dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation en constatant que l'organisation mise sur pied par la soumissionnaire pour l'exécution du marché est gravement déficiente. L'imbrication de la société recourante avec sa partenaire, qui est présentée parfois comme "co-soumissionnaire" (point 2.1. de l'offre) et parfois comme sous-traitante (point 2.4. de l'offre), n'est pas claire et complique objectivement les rapports avec la direction des travaux, spécialement en cas de problème. Cette lacune majeure est mise en évidence également dans la répartition des tâches entre les deux entreprises, la sous-traitante pouvant être appelée à suppléer la soumissionnaire "si nécessaire". Cela va même plus loin puisque, selon la lettre de la recourante du 28 mai 2021, "A. _____ SA étant le représentant de E. _____ AG à F. _____, qui est le fournisseur et le fabricant de l'équipement sportif, la partie technique est supervisée par Monsieur M. _____ de l'entreprise E. _____ AG". Qui fait donc quoi ? L'offre de la recourante entretient ainsi une incertitude manifeste sur la répartition des rôles et des responsabilités entre les deux sociétés, apte à détourner un maître d'ouvrage. Cette mauvaise organisation est liée également à l'apparente insuffisance des effectifs mis en œuvre par la recourante, qui se réserve la possibilité d'appeler sa sous-traitante à la rescousse en cas de difficulté dans l'exécution conforme du marché. A cet égard, il est frappant de comparer l'effectif proposé par la recourante avec celui offert par l'adjudicataire. Sur le formulaire R6, le nombre moyen de personnes prévues sur la durée d'exécution du marché par la recourante est de 4, alors qu'il est de 12 pour l'adjudicataire. Cette disproportion des moyens se retrouve dans le délai de production et fabrication en atelier qui est de 30 à 40 jours pour la recourante et de 15 jours par l'adjudicataire. Face aux doutes que cette organisation bancale suscite objectivement, le bureau technique a consulté une collaboratrice de la commune de J. _____, commune indiquée comme référence par la soumissionnaire. Les informations reçues à cette occasion indiquent un manque de réactivité de l'entreprise, qui ne fait que confirmer les défauts qui ressortent de la lecture de l'offre. Il ressort ainsi de ce qui précède, et qui sera repris ci-après, que l'offre de la recourante entre en contradiction frontale avec la volonté du maître de l'ouvrage d'exiger une organisation claire et simple aussi bien pour l'exécution du marché (critère 2) que pour l'organisation de base de l'entreprise (critère 4);

que, dans le détail, la notation des sous-critères ne fait que concrétiser les constatations exposées ci-dessus;

que, s'agissant du sous-critère 2.1 (organigramme de l'entreprise), on ne peut que constater, avec l'adjudicateur, que la recourante n'a pas produit un tel document qui suppose une représentation schématique et graphique de son organisation. L'avantage d'un organigramme est de clarifier les structures et les hiérarchies, ce que ne permet pas l'explication écrite alambiquée fournie par la recourante. Compte tenu de l'importance attachée par l'adjudicateur à une organisation claire du marché, celui-ci n'a commis aucun excès ou abus de son pouvoir d'appréciation en attribuant la note de 1 pour ce sous-critère. D'ailleurs, la recourante semble oublier que l'exigence d'un organigramme n'est pas seulement formelle, mais comporte surtout une indication matérielle sur les conditions de réalisation du marché. En l'occurrence, l'offre très compliquée de la soumissionnaire sur son organisation est clairement insuffisante;

qu'en ce qui concerne le sous-critère 2.2 (nombre, planification et disponibilité des moyens et des ressources pour l'exécution du marché), il apparaît clairement que la recourante n'a pas rempli de manière complète le formulaire (personnes clés manquantes), ni transmis le planning demandé. L'absence d'un tableau détaillant dans le temps les interventions indispensables ne permet pas d'apprécier l'engagement concret de l'entreprise sur la durée de l'exécution du marché. Cette lacune est d'autant plus grave que l'effectif annoncé est squelettique en comparaison de celui qui est proposé par l'adjudicataire et laisse présager des difficultés certaines dans l'exécution. En bref, les renseignements et documents produits par la recourante ne méritent pas une note supérieure à 1. En tous les cas, l'adjudicateur n'a pas violé la loi en attribuant cette note;

que, pour le sous-critère 4.1 (organisation qualité du soumissionnaire pour satisfaire les exigences du client), il apparaît clairement que la recourante, qui ne dispose pas d'une certification ISO 9001, n'a pas fourni de document spécifique sur son organisation qualité. Elle s'est contentée de se prévaloir de celle de son sous-traitant alors qu'il était exigé qu'elle décrive sa propre situation de soumissionnaire. Compte tenu de ce qui a été souligné précédemment sur la confusion qui entoure l'organisation de l'entreprise - manifestation néfaste au bon déroulement du marché - on ne saurait reprocher à l'adjudicateur d'avoir sanctionné par la note 1 l'absence du document relatif à l'organisation qualité propre à la recourante;

qu'il reste le critère 3 (qualité technique de l'offre) où l'offre de la recourante a obtenu la note 2 ("correspondant partiellement aux attentes"). De l'avis de l'intéressée, elle aurait dû obtenir la note 3, qui correspond à une information ou un document qui répond aux "attentes minimales, mais qui ne présente aucun avantage particulier par rapport aux autres candidats". A nouveau, la soumissionnaire évincée perd de vue qu'il entre largement dans le pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur de décider si l'offre technique est suffisante, sans plus, (note 3) ou si elle est partiellement insuffisante (note 4). En l'occurrence, dans les documents d'appel d'offres, l'adjudicateur a demandé aux soumissionnaires de remettre un rapport technique montrant la compréhension du projet et ses enjeux: qualité d'exécution, standard Minergie P-Eco. Il a requis également que les éventuels risques ou difficultés prévisibles du chantier soient mis en évidence. Si l'intéressée a bien transmis une lettre expliquant les qualités d'exécution et le standard Minergie P-Eco, elle s'est contentée de mentionner ce qui suit en matière de risques et difficultés du chantier: "Sur le plan technique, et sur la base des plans reçus, nous ne voyons pas de difficultés majeures. En ce qui concerne le montage, il y a toujours un risque d'accident, mais tout est fait pour éviter cela, notamment par l'assemblage correct du pont-roulant et en exigeant des monteurs qu'ils utilisent leurs équipements de protection individuels. Vérification qu'il n'y a pas de coactivité dans leur zone de travail et contrôler que les outils pour le montage sont en bon état". L'adjudicateur pouvait raisonnablement considérer que ces considérations générales ne répondent pas à la question des

risques et difficultés inhérents au chantier concret. En comparaison, l'adjudicataire est entrée en matière sur les différents CFC du projet et a relevé, comme attendu, les difficultés pratiques, respectivement les risques, qu'elle estimait liés au projet tel que défini dans l'appel d'offre. Sur la base du document présenté, la commune intimée pouvait raisonnablement considérer que l'examen des risques et difficultés effectué par la recourante était lacunaire, de sorte que l'attribution d'une note 2 n'est pas contraire au droit;

qu'il découle de ce qui précède que la notation de la recourante s'inscrit pleinement dans le pouvoir d'appréciation reconnu à l'adjudicateur. Tous les griefs invoqués en lien avec dite notation sont ainsi rejetés;

que, par ailleurs, cette constatation conduit également au rejet de l'allégation de la recourante selon laquelle son offre aurait été écartée de manière arbitraire parce que l'adjudicateur aurait préféré traiter avec E. _____ SA. Ainsi qu'il a été vu en détail, la notation reflète une appréciation conforme de l'offre en fonction des critères annoncés dans l'appel d'offres. Ce n'est pas tant l'existence d'une sous-traitance de E. _____ SA qui a été reprochée à la recourante, mais l'organisation déficiente et floue qu'elle a mise en place, spécialement dans ses rapports avec cette tierce entreprise. Aucune critique n'a été formée sur la sous-traitance en tant que telle;

que les prétendus indices qui laisseraient soupçonner la volonté d'écarter la recourante par une manipulation des notes destinée uniquement à compenser le retard de l'adjudicataire en matière de prix n'ont aucune pertinence. A nouveau, on doit rappeler que la notation qui a été attribuée s'inscrit pleinement dans le pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur. Cela clôt le débat sur une quelconque manipulation des notes;

qu'au demeurant, il était parfaitement normal que le bureau technique se soit étonné de recevoir une offre émanant de A. _____ SA alors que c'était E. _____ SA qui avait été invitée à soumissionner. De même, compte tenu de l'imbrication peu claire des deux entreprises, il était légitime de demander pourquoi celles-ci n'avaient pas formé un consortium. Le rappel de la volonté de l'adjudicateur de favoriser une organisation claire et simple, en évitant si possible la sous-traitance, ne fait que correspondre à la réalité, explicitée ci-dessus. Quant aux simulations de notation, avec des notes plus élevées, effectuées par le bureau technique, l'intimée a expliqué qu'elles ont été faites en vue de l'entretien de motivation du 27 juillet 2021 et visaient à dissuader la soumissionnaire écartée de déposer un recours. Quoi qu'il en soit, il s'agit de toute manière d'opérations internes, qui relèvent de la liberté de l'adjudicateur et qui ne regardent en rien un soumissionnaire. Enfin, il est patent que, dans le contexte de la mauvaise organisation qui ressortait de la mise en œuvre des critères 2 et 4, la référence donnée par la commune de J. _____ confirmant le manque de réactivité n'a pas servi la recourante. Il était cependant légitime que, face à une offre déficiente, l'adjudicateur prenne contact avec une référence indiquée par la soumissionnaire elle-même;

qu'on peine à suivre la recourante lorsqu'elle fait valoir que la commune n'aurait pas procédé elle-même à l'évaluation des offres et aurait délégué la notation au seul bureau technique. Il ressort clairement du dossier que le rapport d'évaluation des offres a été présenté à la Commission technique de la commune le 12 juillet 2021. Le procès-verbal de la séance mentionne expressément que les propositions d'adjudication ont été soumises à cette autorité qui les a approuvées, sous réserve des avis de droit nécessaires. A l'évidence, l'adjudicateur a exercé sa compétence décisionnelle. Au demeurant, on ne peut que constater que, dans la procédure de recours

subséquente, la commune s'en est tenue strictement à sa décision d'adjudication en confirmant à chaque fois la mise à l'écart de l'offre de la recourante;

qu'enfin, c'est en vain que la recourante voit une violation de son droit d'être entendue dans le fait de ne pas avoir obtenu un accès complet au dossier. Il n'y avait tout d'abord aucune raison de lui donner accès à l'offre de l'adjudicataire dès lors que celle-ci s'y opposait formellement. De plus, une consultation était d'autant moins justifiée que les critiques de la recourante visaient sa propre notation et ne concernaient pas sa concurrente. Il n'y avait pas lieu non plus de donner accès au rapport d'évaluation du bureau technique destiné à l'adjudicateur (pièces 109) ou au procès-verbal de la séance de la Commission technique du 12 juillet 2021 (pièce 110). Il s'agit de documents internes qui ne regardent pas, en principe, un soumissionnaire. De toute manière, on doit constater que ces documents confidentiels, qui figurent au dossier judiciaire, ne divergent en rien des déclarations de l'adjudicateur. Quant à la note téléphonique concernant la demande de renseignements auprès de la commune de J. _____ (pièce 108), outre qu'il s'agit également d'un document interne, son contenu - qui souligne le manque de réactivité de la recourante - a été communiqué dans son principe à l'intéressée. Celle-ci en a d'ailleurs obtenu confirmation directement auprès de la commune de J. _____;

que, pour les mêmes motifs que ceux qui viennent d'être indiqués, il se justifie de refuser également la consultation de ces documents dans le cadre de la présente procédure;

que, manifestement mal fondé, le recours ne peut être que rejeté;

que l'affaire étant jugée au fond, la demande d'octroi de l'effet suspensif (602 2021 159), devenue sans objet, peut être classée;

qu'il appartient à la recourante, qui succombe, de supporter les frais de procédure (art. 131 CPJA);

qu'il lui incombe également de verser une indemnité de partie à la commune qui a fait appel à une avocate pour défendre ses intérêts. Compte tenu de la complexité et de l'ampleur du mémoire de recours, le travail requis pour y répondre dépassait manifestement la capacité d'une administration communale et constitue une circonstance particulière au sens de l'art. 139 CPJA;

(dispositif sur la page suivante)

la Cour arrête :

- I. Le recours (602 2021 157) est rejeté.
Partant, la décision préfectorale du 14 octobre 2021 est confirmée.
- II. La requête d'octroi de l'effet suspensif (602 2021 159), sans objet, est classée.
- III. Les frais de procédure sont mis par CHF 2'500.- à la charge de la recourante. Ils sont compensés avec l'avance de frais effectuée.
- IV. Un montant de CHF 4'342.90, y compris CHF 310.50 de TVA, à verser à Me Petrig est mis à la charge de la recourante.
- V. Notification.

Pour autant qu'elle pose une question de principe, cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification.

La fixation du montant des frais de procédure 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 22 février 2022/cpf

Le Président :

Le Greffier-stagiaire :