



602 2008-24

Arrêt du 22 septembre 2008

II^e COUR ADMINISTRATIVE

PARTIES

X. SA recourante, représentée par Me Jean-Luc Chenaux BMP associés,
avocat, av. Montbenon 2, case postale 5475, 1002 Lausanne,

contre

PREFET DU DISTRICT DE LA BROYE, Château, case postale 821, 1470
Estavayer-le-Lac, **autorité intimée**,

COMMUNE D'ESTAVAYER-LE-LAC, rue de l'Hôtel-de-Ville 11, case
postale 623, 1470 Estavayer-le-Lac, **intimée**,

Y. SA, intimée,

OBJET

Marchés publics

Recours du 12 février 2008 contre la décision du 8 février 2008

c o n s i d é r a n t e n f a i t

A. Par avis publié dans la Feuille officielle du canton de Fribourg du 17 août 2007, la Commune d'Estavayer-le-Lac a lancé un appel d'offres en procédure ouverte pour des travaux d'aménagement de quartier, baptisé "Estavayer-Est 3". Cet appel d'offres prévoyait notamment:

13. Critères d'aptitude: conformément aux critères cités dans le dossier.

14. Critères d'adjudication: conformément aux critères cités dans le dossier.

Au chapitre 3.3 des conditions prescrites dans le dossier d'appel d'offres figurait:

Elle annexera au dépôt de l'offre les éléments suivants dont le manquement peut entraîner l'élimination:

a) le nom et la qualification du directeur du futur chantier;

b) les noms, qualifications et fonctions du staff sur le présent chantier;

c) l'attestation cantonale d'entreprise formatrice d'apprentis;

d) un organigramme de chantier;

e) un inventaire du parc de machines et équipements à disposition du chantier;

f) un programme des travaux;

Le point 3.6 précisait les critères d'adjudication et leur pondération:

- Références: 15%

- Organisation: 15%

- Maîtrise technique: 20%

- Prix: 50%

En date du 14 septembre 2007, l'entreprise X. SA, a déposé une offre pour les travaux de génie civil d'un montant total de 704'153 fr. 35.

B. Par décision du 12 octobre 2007, la Commune d'Estavayer-le-Lac a attribué le marché à l'entreprise Z. SA. Cette dernière est arrivée première du classement, *ex aequo* avec l'entreprise Y. SA, avec 96 points. L'entreprise X. SA arrivait en troisième position, avec 95 points.

Il ressort du tableau d'adjudication adressé par la commune que les quatre groupes de critères ont été subdivisés en plusieurs sous-critères.

Le critère "références", notamment, comporte les sous-critères suivants:

- liste des références

- qualification du directeur de chantier

- qualification du staff de chantier

- attestation cantonale formatrice

Suite à la demande de l'entreprise X. SA, la commune lui a adressé le tableau de pondération qui a été utilisé pour l'évaluation finale:

Critères	Pondération	Répartition
A. REFERENCES		
Liste des références	15%	3%
Qualification du directeur de chantier		5%
Qualification du staff de chantier		5%
Formation d'apprentis		2%
B. ORGANISATION		
Organigramme de chantier	15%	3%
Parc de machines, équipements		2%
Ecologie		5%
Rentabilité		5%
C. MAITRISE TECHNIQUE		
Programme des travaux	20%	5%
Rapidité d'intervention		10%
Maîtrise des délais		5%
D. PRIX OFFERTS		
Clarté des prix	50%	10%
Classement arithmétique		40%
TOTAL DE L'EVALUATION	100%	100%

X. SA a contesté la décision d'adjudication, en date du 22 octobre 2007, auprès du Préfet du district de la Broye. Par ailleurs, elle a requis que ce recours soit muni de l'effet suspensif.

Suite à ce recours, l'entreprise Z. SA a décidé de retirer son offre. Ce retrait était motivé par le souci de l'entreprise de retarder au minimum le début des travaux.

Par conséquent, le Syndicat Estavayer-Est, agissant pour la Commune, a rendu une deuxième décision d'adjudication, le 25 octobre 2007, en faveur de l'entreprise Y. SA, laquelle, grâce au retrait susmentionné, proposait désormais l'offre la plus avantageuse. Le recours contre la première décision est ainsi devenu caduc, et un nouveau délai de dix jours pour contester cette adjudication a été imparti.

C. Par mémoire déposé le 5 novembre 2007, la société X. SA a contesté la décision du 25 octobre 2007 devant le Préfet de la Broye. La recourante s'est plainte d'un abus du pouvoir d'appréciation, d'une appréciation subjective, d'une violation du principe de transparence, d'une violation du principe d'égalité de traitement, d'une violation des procédures, du non-respect des critères d'adjudication et d'une infraction aux principes de notation.

D. Par décision du 13 décembre 2007, le Préfet de la Broye a accordé l'effet suspensif au recours interjeté le 5 novembre 2007, jusqu'à droit connu sur le fond du litige. En substance, le préfet a estimé que le recours ne paraissait pas d'emblée infondé et qu'aucun intérêt public ou privé ne s'opposait à l'octroi de l'effet suspensif, dès lors que les travaux ne débuteraient pas avant le début de l'année 2008.

E. En date du 8 février 2008, le Préfet de la Broye a déclaré sans objet le recours du 22 octobre 2007. Il a également rejeté le recours du 5 novembre 2008 et partant, confirmé la décision d'adjudication du 25 octobre 2007.

F. Par mémoire du 21 février 2008, l'entreprise X. SA a contesté devant le Tribunal cantonal la décision du 8 février 2008 du Préfet du district de la Broye. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision du préfet du 8 février 2008 et à l'adjudication du marché de construction en aménagement de quartier "Estavayer-Est 3" en sa faveur. A titre subsidiaire, X. SA réclame le renvoi de l'affaire à l'autorité inférieure compétente, avec pour instruction impérative de procéder à une nouvelle procédure d'appel d'offres dans le sens des considérants. Elle sollicite également l'octroi de l'effet suspensif au recours.

La recourante allègue en premier lieu une violation des principes de clarté et de transparence prévalant en matière de marchés publics. Ensuite, elle invoque une violation des critères d'adjudication fixés pour le marché concerné par excès ou abus du pouvoir d'appréciation. Enfin, elle se plaint également d'une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents. La recourante estime que les moyens soulevés ont conduit à une violation de l'égalité de traitement entre soumissionnaires et de l'impartialité de l'adjudication.

A l'appui de son premier grief, la recourante soulève que l'autorité adjudicatrice a distingué des critères d'aptitude et des critères d'adjudication dans l'appel d'offre et les documents qui s'y réfèrent, mais que ces critères publiés ont été complétés voire modifiés d'une manière inattendue lors de la phase d'adjudication. Elle relève que l'autorité a établi *a posteriori* divers sous-critères d'adjudication, en leur accordant des pondérations différentes à l'intérieur du même critère principal. En procédant de la sorte, l'adjudicatrice n'a pas respecté les règles imposées par le principe de la transparence. En effet, elle n'a pas observé les critères d'adjudication qu'elle s'était elle-même fixés. De plus, il était ainsi impossible pour les soumissionnaires de savoir que les critères annoncés seraient substitués par des sous-critères, lesquels revêtiraient une valeur telle qu'ils deviendraient des critères principaux. La recourante estime que la violation des principes de transparence et de clarté a abouti à une péjoration de son offre, car pour les sous-critères "Qualification du directeur de chantier" et "Qualification du staff de chantier", elle n'a obtenu que la moitié des points prévus.

S'agissant de son deuxième grief, la recourante estime que l'autorité adjudicatrice est liée par les critères qu'elle a elle-même fixés, et qu'elle doit ainsi examiner les offres à la lumière des critères, tels qu'ils ressortent de l'appel d'offres et des documents d'appel d'offres. Par conséquent, elle affirme qu'en faisant abstraction des sous-critères litigieux, lesquels ne figurent pas dans l'appel d'offres, son offre serait ainsi la plus avantageuse. En substance, elle fait donc valoir que le Syndicat a excédé et abusé de son pouvoir d'appréciation et violé les critères d'adjudication fixé pour le marché concerné.

Quant à la constatation inexacte et incomplète des faits pertinents, la recourante se réfère précisément à la question de la qualification du directeur et du staff de chantier. Elle reproche au préfet d'avoir constaté que *"le fait que l'entreprise recourante n'ait pas reçu le maximum de points découle non pas d'un manque dans la production des documents nécessaires à attester des qualifications du directeur et du staff de chantier mais bien des qualifications du directeur et du staff de chantier. Par voie de conséquence, le fait que l'entreprise dispose de plus amples informations lors de l'établissement de son offre n'aurait rien changé aux documents qu'elle a produits, partant, à la manière dont ceux-ci ont été appréciés"*. Au contraire, la recourante fait valoir que, si elle avait été consciente du fait que les qualifications du directeur et du staff de chantier seraient prises en compte comme critères d'adjudication et ce avec une pondération aussi importante, elle aurait proposé C., ingénieur-technicien E.T.S ou F., ingénieur diplômé, comme chef de chantier. De même, elle aurait choisi par exemple S. comme contremaître et maçon diplômé. Par

conséquent, l'offre de la recourante aurait obtenu à tout le moins la note B pour le sous-critère "Qualification du directeur de chantier", ainsi que la note A ou B pour le sous-critère "Qualification du staff de chantier". Ainsi, sa candidature aurait obtenu 2,5 points supplémentaires, la plaçant en tête du classement d'adjudication. La recourante estime donc qu'en ne procédant pas aux mesures d'instructions tendant à l'éclaircissement de l'offre de la recourante et en ne tenant pas compte des qualifications du personnel proposé, tant l'autorité adjudicatrice que l'autorité intimée ont violé leur devoir à une constatation exacte et complète des faits pertinents à la lumière des critères que la commune avait pourtant fixés pour prendre une décision.

G. Suite à ce recours, le Juge délégué a, par mesure super-provisionnelle du 29 février 2008, interdit à la Commune d'Estavayer-le-Lac d'établir un quelconque contrat et d'entreprendre ou de faire entreprendre les travaux visés dans le recours déposé par X. SA.

H. Par courrier du 13 mars 2003, le Préfet du district de la Broye a déposé ses observations. Il n'a formulé aucune remarque particulière, si ce n'est de rappeler qu'il n'y pas lieu d'annuler une adjudication, même en présence d'une violation du principe de transparence, lorsque de tels vices n'ont pas eu de conséquence sur le résultat du marché. Il estime que chaque soumissionnaire a disposé des mêmes informations. Toutefois, il soulève que, s'il devait s'avérer que le manque de transparence a conduit l'entreprise recourante à ne pas fournir les documents nécessaires à l'évaluation de son offre, la violation du principe de transparence commanderait d'invalider l'adjudication. Le préfet rappelle que le fait que la recourante dispose de plus amples informations n'aurait rien changé aux documents qu'elle aurait produits, partant, à la manière dont ceux-ci ont été appréciés. Pour le surplus, le préfet se réfère à sa décision du 8 février 2008.

I. Dans ses observations du 31 mars 2008, la Commune d'Estavayer-le-Lac, par l'intermédiaire du Syndicat Estavayer-Est, relève qu'il est erroné de prétendre qu'il importe de distinguer les critères d'aptitude et les critères d'adjudication. S'agissant des sous-critères litigieux, l'autorité estime que ces derniers relèvent d'une grille d'évaluation et ne tendent qu'à concrétiser les éléments qui sont inhérents aux critères publiés. Elle souligne que le principe de transparence n'exigeait pas qu'ils soient portés à la connaissance des soumissionnaires. De plus, à son avis, la grille d'évaluation est parfaitement objective et ne vise pas à évincer ou à péjorer un soumissionnaire en particulier. A propos de la constatation inexacte des faits pertinents, l'adjudicatrice constate que tous les soumissionnaires ont disposé des mêmes informations. Partant, une violation de l'égalité de traitement entre soumissionnaires ne peut entrer en ligne de compte. Par ailleurs, le Syndicat fait valoir que la recourante ne peut s'en prendre qu'à elle-même si elle n'a pas proposé un meilleur dossier de soumission en indiquant directement le nom des membres de son personnel qui possédaient les diplômes les plus qualifiés. En outre, les documents d'appel d'offres demandaient expressément les qualifications du directeur et du staff de chantier.

Au vu de ces éléments, l'autorité adjudicatrice estime que les principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires ont été respectés et par conséquent, que le recours doit être rejeté. Elle ajoute toutefois que dans le cas où l'autorité de céans devait annuler la décision d'adjudication, elle souhaiterait que la Cour statue elle-même sur l'affaire.

J. La recourante s'est déterminée sur les observations produites par le Préfet du district de la Broye et sur celles de la Commune d'Estavayer-le-Lac, par courrier du 30 avril 2008.

S'agissant des observations du préfet, la recourante relève que, pour déterminer si le défaut de transparence a eu des conséquences, il convient de se demander comment auraient agi les parties, en l'absence d'un tel vice. Ainsi, si elle avait su que le critère "références" correspondait en réalité aux qualifications des personnes-clés en charge du marché, il va de soi qu'elle aurait présenté les personnes plus qualifiées dont elle dispose effectivement.

Quant à la détermination de la commune, la recourante conteste l'affirmation selon laquelle le document de soumission ne comporterait pas de critère d'aptitude. Au contraire, elle estime que le chapitre 3.3 du document correspond bien à de tels critères. Ainsi, rien ne permet de considérer que les qualifications des personnes-clés du marché, expressément mentionnées comme critères d'aptitude soient finalement employées comme critères d'adjudication, et cela, en remplacement du critère "références".

En outre, la recourante estime que si l'autorité adjudicatrice entend reprendre des critères d'aptitude, au stade de l'examen d'adjudication, qui ne correspondent pas aux critères d'adjudication annoncés, elle doit en informer par avance les soumissionnaires dans l'appel d'offres. Par conséquent, le critère d'adjudication "références" annoncé dans l'appel d'offre, ne saurait être valablement remplacé par les qualifications des personnes-clés du marché concerné.

A propos du sous-critère "absence d'erreur", qui représente un cinquième de la pondération du critère "prix", la recourante relève qu'il est inadmissible de pondérer par 10% l'appréciation d'une soumission en considération du seul fait qu'elle ne contient pas de faute de calcul. A tout le moins, le respect du principe de transparence aurait imposé de prévenir les soumissionnaires à l'avance de la prise en compte d'un tel critère à concurrence de 10% dans l'examen d'adjudication.

Par ailleurs, la recourante considère que si l'adjonction des sous-critères "qualification du staff de chantier" et "qualification du directeur de chantier" relève d'une simple grille d'évaluation, comme le prétend l'adjudicatrice, alors le principe de transparence exige que cette grille d'évaluation soit annoncée, ce qui équivaut à indiquer la pondération des critères. Pour le surplus, elle se réfère à l'acte du recours. Elle précise toutefois qu'elle s'oppose à l'allocation d'une indemnité de partie en faveur de la commune, puisque celle-ci est une collectivité publique au sens de l'art. 139 du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1).

K. Un deuxième échange d'écriture a eu lieu, au cours duquel l'intimée Y. SA s'est déterminée. Elle a déclaré que le dossier d'appel d'offre était parfaitement transparent et s'est ralliée aux conclusions de la Commune d'Estavayer-le-Lac.

e n d r o i t

1. a) Déposé dans le délai et les formes prescrits, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 2 de la loi sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1). Par ailleurs, l'avance de frais a été versée dans le délai imparti. Dès lors qu'en qualité de soumissionnaire évincé, la recourante conclut à l'adjudication du marché litigieux en sa faveur, elle a manifestement

qualité pour contester la décision attribuant les travaux à un concurrent. Le Tribunal cantonal peut donc examiner les mérites du recours.

b) Selon l'art. 16 de l'Accord intercantonal 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 des faits (let. b). En revanche, l'autorité de recours ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité.

S'agissant des marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation lors de l'adjudication. L'appréciation de l'autorité judiciaire ne saurait donc se substituer à celle de l'adjudicateur. Partant, le Tribunal cantonal ne peut revoir l'appréciation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication qu'avec une retenue particulière, parce qu'une telle appréciation suppose souvent des connaissances techniques, qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres soumises par les soumissionnaires et qu'elle comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur. Sur ce point, le Tribunal cantonal est pratiquement restreint à l'arbitraire. Comme en matière d'examens, la Cour se bornera, le plus souvent, à vérifier que les règles de procédure relatives à la passation du marché public en question, ont été respectées (ATF 125 II 98s).

2. a) Un des principes fondamentaux en matière d'attribution de marchés publics est celui de la transparence. Condition indispensable au contrôle du respect de l'application de la loi et du bon déroulement des procédures, le principe de la transparence vise à permettre aux participants de connaître à l'avance les diverses étapes de la procédure et leur contenu en leur fournissant toutes les informations minimales et utiles pour leur permettre de présenter une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur. La règle selon laquelle les critères d'adjudication doivent figurer par ordre d'importance dans les documents d'appel d'offres constitue en général un principe applicable à toutes les procédures de passation de marchés publics. Ainsi, le pouvoir adjudicateur est-il tenu d'énumérer 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 et par avance l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux, afin de prévenir tout risque d'abus et de manipulation. La règle imposant l'attribution du marché à celui qui présente l'offre économiquement la plus avantageuse laisse une marge d'appréciation considérable aux entités adjudicatrices qui doivent intégrer dans leur pondération tous les éléments permettant de juger de la relation "qualité-prix". Il existe dès lors un danger réel d'excès ou d'abus du pouvoir d'appréciation de la part des collectivités publiques concernées. L'obligation qui leur est faite d'indiquer préalablement les critères d'adjudication et leur ordre de priorité ou leur importance contribue précisément à réduire ce risque d'abus (ATF 125 II 101 et les références; ATA du 16 juillet 1999, 2A 99 61).

Au niveau cantonal, le principe de transparence a été concrétisé par l'art. 15 al. 1 let. i du Règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11). Selon cette disposition, les documents d'appel d'offres contiennent au moins les critères d'adjudication dans l'ordre d'importance ainsi que les éléments de coûts, tels que les frais de transport et d'inspection, droits de douane et autres droits liés à l'importation, pris en considération pour évaluer les prix mentionnés dans l'offre.

3. a) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le fait de ne pas faire figurer les critères d'adjudication par ordre d'importance dans le cahier des charges et de ne pas indiquer par

avance les pondérations respectives attribuées à ces critères constitue une violation du principe de transparence consacré par les art. 1^{er} al. 2 let. c et 13 let. f AIMP.

La simple indication des critères d'adjudication par ordre d'importance sans aucune autre information sur leurs relations réciproques est largement dépourvue de sens. En effet, l'énumération par ordre d'importance permet uniquement de savoir que le premier critère a plus de poids que le second, qui lui-même est plus important que le troisième, et ainsi de suite. Une telle information est insuffisante dès lors que, tout en respectant cet ordre, on peut donner aux différents critères des coefficients tels qu'ils modifient totalement le résultat de l'appréciation. Il est donc nécessaire pour respecter le principe de transparence, de compléter, par d'autres informations, la simple énumération des critères de manière à fixer à l'avance les règles du jeu en évitant tout risque de manipulation par le pouvoir adjudicateur. Il est donc impératif d'indiquer, dans les documents d'appel d'offres, l'importance que l'adjudicateur accorde à chaque critère d'adjudication (P. GAUCH, Thèses de travail sur le droit fédéral des marchés publics, Colloque consacré à la passation des marchés publics, Fribourg, 1998, p. 16; DC 4/99 p. 141 ss). Cela ne suppose pas nécessairement de communiquer un modèle mathématique complet d'appréciation des offres; il est nécessaire cependant que le soumissionnaire connaisse l'importance respective de chaque critère qui sera mis en œuvre (ATA du 16 juillet 1999, 2A 99 61).

Un tel procédé ne restreint pas la liberté de l'adjudicateur décrite précédemment; il assure simplement que les règles soient connues à l'avance. Comme en matière d'examen et de qualification scolaire, la liberté d'appréciation s'exerce dans la mise en œuvre des critères préalablement définis; elle n'implique pas le droit de modifier selon son bon plaisir l'échelle des références des prestations examinées (ATA du 16 juillet 1999 précité).

Un marché public doit être attribué dans des conditions de transparence et de concurrence optimums. Or, le jeu de la concurrence entre les soumissionnaires risquerait d'être faussé, si le pouvoir adjudicateur avait la possibilité de modifier librement au cours de la procédure de passation d'un marché (après le dépôt des soumissions) les critères d'adjudications, de même que leurs valeurs respectives (ATF 125 II 102).

b) En outre, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsqu'en sus des critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères, qu'il entend privilégier, il doit les communiquer, ainsi que leur pondération respective, aux soumissionnaires par avance (ATF 130 I 248, consid. 5.1; Arrêt du TF 2P.172/2002 du 10 mars 2003, consid. 2.3 et les références citées). Le principe de transparence n'exige pas toutefois la communication par avance des sous-critères ou catégories qui tendent uniquement à concrétiser les éléments qui sont inhérents au critère publié. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que la clarté et la cohérence du prix n'étaient pas un critère sortant de celui initial du prix de l'offre. L'annonce a posteriori des sous-critères de clarté et de cohérence du prix ne heurte par conséquent pas la réglementation en matière de marchés publics et, en particulier, ne viole pas le principe de transparence. A l'inverse, relève le Tribunal fédéral, s'il apparaît qu'un sous-critère revêt, aux yeux du pouvoir adjudicateur, une importance prépondérante et qu'il lui confère un rôle équivalent à celui d'un critère, ou qu'un tel sous-critère ne ressort pas de ce qui est communément observé dans le cadre du critère principal auquel il se rapporte, le principe de la transparence en exige la communication par avance aux soumissionnaires (Arrêt du TF du 6 mai 2002, 2P.146/2001, consid. 4.1; Arrêt du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel du 31 mars 2004, TA.2004.15).

Décider si les critères utilisés par le pouvoir adjudicateur sont inhérents, ou non, au critère publié, ou encore, 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 l'ensemble de la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (Arrêt du TF du 10 mars 2003, 2P.172/2002 consid. 2.3 et les références citées).

4. a) En premier lieu, il convient de rejeter le grief de violation de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, allégué par la recourante. En effet, tous les soumissionnaires ont bénéficié des mêmes documents d'appel d'offres, et quand bien même ces derniers se révéleraient contraires au principe de transparence, force est de constater que toutes les entreprises se trouvaient sur un même pied d'égalité.

b) La recourante se plaint du fait que l'autorité adjudicatrice a subdivisé les quatre groupes de critères en plusieurs sous-critères, après le dépôt des offres et ce, sans avertir les soumissionnaires. En particulier, elle estime que, au vu de l'énoncé de l'appel d'offres, on ne pouvait comprendre le critère "références" que comme les "références auprès desquelles l'adjudicateur peut s'assurer de l'exécution conforme de ces travaux et obtenir notamment les renseignements suivants: coût des travaux, date et lieu de leur exécution, avis (de l'ancien adjudicateur) sur le bon déroulement des travaux et sur leur conformité avec les règles techniques reconnues", ainsi que le prévoit l'Annexe 2, chiffre 8 du RMP.

Ainsi que l'admet le préfet dans la décision contestée, il faut reconnaître que l'entreprise recourante ne pouvait pas connaître les composantes des différents critères d'adjudication. Elle ne pouvait également pas s'attendre à ce que le critère "références" se rapporte à la qualification du directeur et du staff de chantier, puisque ces éléments font d'habitude partie des critères d'aptitude. En outre, le nom et la qualification du directeur du chantier, de même que les noms, qualifications et fonctions du staff sont expressément mentionnés dans le document d'appel d'offres, comme éléments "*dont le manquement peut entraîner l'élimination*". Cette sanction étant habituellement réservée aux critères d'aptitude, on ne peut reprocher à la recourante d'être partie du principe que ces éléments ne pouvaient être examinés une nouvelle fois en tant que critères d'adjudication. Qui plus est, si l'autorité adjudicatrice entendait accorder à la qualification du directeur et du staff de chantier une importance telle que ces éléments représenteraient 10% de l'appréciation totale, il convient d'admettre que le principe de transparence exigeait que ces sous-critères soient publiés à l'avance et connus des soumissionnaires.

c) S'agissant du critère "prix", subdivisé en deux sous-critères, "clarté du prix" et "classement arithmétique", la question de savoir si les sous-critères auraient dû figurer dans l'appel d'offre peut rester indécise, dès lors que le résultat de l'évaluation des offres avec ou sans lesdits sous-critères conduit au même classement, puisque la recourante obtient le maximum de points pour les deux éléments.

d) Au vu des considérants qui précèdent, la Cour ne peut que constater qu'en établissant, après le dépôt des offres, des sous-critères d'adjudication qui n'ont pas servi seulement à expliciter un critère d'adjudication mais qui peuvent être qualifiés d'importants pour l'attribution du marché, l'autorité adjudicatrice a violé le principe de transparence.

5. a) La recourante allègue une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents, dans la mesure où l'autorité intimée a constaté que "*si le manque de transparence a conduit l'entreprise recourante à ne pas fournir les documents nécessaires à l'évaluation de son offre, la violation du principe de transparence commanderait d'invalider l'adjudication*". Elle lui reproche de n'avoir pas tiré la conséquence correcte de ce constat, qui aurait été de

se demander comment elle aurait agi si elle avait eu connaissance de ces sous-critères et de leur importance dans l'évaluation des offres. Cette question touche à la sanction d'une violation du principe de transparence.

L'opinion de la recourante sur ce point mérite d'être suivie. En effet, en cas de violation d'une règle de procédure, telle que le principe de transparence ou d'égalité de traitement, la jurisprudence cantonale recommande d'examiner si le vice a eu une influence sur le résultat du marché et faussé le jeu de la concurrence (O. RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, *in* RDAF 2001, p. 409 et les références; J-B. ZUFFEREY/C. MAILLARD/N. MICHEL, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg, 2002, p. 142).

b) En l'espèce, il paraît évident que si la recourante avait connu les sous-critères au moment de présenter son offre, et si elle avait ainsi su que les qualifications du directeur et du staff de chantier auraient une importance décisive dans l'attribution du marché, elle aurait alors mentionné les personnes de son entreprise bénéficiant des meilleurs diplômes.

Par ailleurs, l'autorité adjudicatrice fait preuve de mauvaise foi en constatant que *"la recourante ne peut s'en prendre qu'à elle-même de ne pas avoir proposé un meilleur dossier de soumission en indiquant directement le nom des membres de son personnel que possédaient les diplômes les plus qualifiés"* et en précisant que les documents d'appel d'offres demandaient expressément les qualifications du directeur et de staff de chantier. En effet, les personnes qui possédaient les diplômes les plus qualifiés de l'entreprise recourante figurent bel et bien dans la soumission présentée à l'autorité adjudicatrice. Qui plus est, l'autorité adjudicatrice aurait très bien pu demander des informations complémentaires à la recourante, et lui indiquer de faire figurer les personnes les plus qualifiées de son entreprise en tant que directeur de chantier et staff de chantier, tout en lui précisant quelle importance elles revêtaient dans l'attribution du marché.

Au vu de ces éléments, il apparaît clairement que le défaut de transparence dont est entachée l'adjudication a eu une influence sur le résultat du marché, puisqu'en faisant abstraction des sous-critères litigieux, la recourante serait arrivée en tête du classement. Par conséquent, il convient d'admettre le recours.

6. a) L'adjudication litigieuse ayant ainsi été faussée par un défaut de transparence dans la communication des sous-critères liés aux qualifications du directeur et du staff du chantier, il y a lieu d'admettre le recours et de casser la décision attaquée.

b) Selon l'art. 98 al. 2 CPJA, en cas d'annulation, l'autorité de recours statue elle-même sur l'affaire ou la renvoie à l'autorité inférieure, s'il y a lieu, avec des instructions impératives.

En l'espèce, l'autorité adjudicatrice a expressément demandé au Tribunal cantonal de statuer. Ce dernier dispose de tous les éléments pour statuer. La Cour constate donc que la recourante a obtenu le maximum des points pour tous les autres critères et sous-critères, et qu'elle a présenté l'offre la plus basse, il apparaît clairement qu'en faisant abstraction des deux sous-critères litigieux ("qualification du directeur de chantier" et "qualification du staff de chantier"), l'entreprise X. SA arrive en tête de la procédure d'adjudication. Par conséquent, les travaux doivent être adjugés à la société recourante.

c) Le recours étant admis sur le fond, la demande d'effet suspensif devient sans objet.

d) Conformément à l'art. 133 CPJA, il n'est pas perçu de frais de procédure de la part de l'autorité intimée et de la Commune d'Estavayer-le-Lac. En revanche, la société intimée devra s'acquitter de ces frais, à raison d'un tiers, soit pour 400 fr.

210.5; 210.10