

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

II^e COUR ADMINISTRATIVE

Séance du 21 mars 2005

Statuant sur le recours interjeté le 14 octobre 2004
(2A 04 100)

par

S. SA, à Fribourg, **I. SA**, à Fribourg, et **C. SA**, à Givisiez, entreprises réunies en consortium formant le **G.**, représenté par Me X., avocat à Lausanne,

contre

l'arrêté rendu le 21 septembre 2004 par le **Conseil d'Etat**, représenté par Me Z., avocat à Fribourg, par lequel il a adjugé à l'association de bureaux **A.**, à Payerne, représentée par Me Y., avocat à Lausanne, les travaux CFC n° 290 - Honoraires d'architecte, d'ingénieur civil, d'ingénieurs spécialisés en chauffage, sanitaire, ventilation, électricité (CSVE) / Phase 1 de planification - Hôpital cantonal de Fribourg - "Bâtiment 13";

(Marchés publics)

Considérant :

En fait:

- A. Par appel d'offres en procédure ouverte publié dans la Feuille officielle du canton de Fribourg du 11 juin 2004, le Conseil d'Etat a mis en soumission le mandat pluridisciplinaire (architectes, ingénieurs civils, ingénieurs électriciens, ingénieurs CVS) liés aux opérations de planification et de direction des travaux du nouveau bâtiment ("Bâtiment 13") de l'hôpital cantonal destiné à accueillir quatre salles d'opération.

Les candidats ont été informés par les documents d'appel d'offre que le bureau P. SA, mandaté dans un premier temps pour effectuer l'étude préliminaire, continuait d'œuvrer comme bureau d'appui du maître d'ouvrage (ci-après: BAMO) en charge de l'organisation de la procédure d'appel d'offres et de la coordination de la préparation du dossier à l'attention des autorités.

Dans les mêmes documents, l'adjudicateur a expressément souligné que le défi à relever est autant, voire davantage, d'ordre technique et constructif que d'ordre architectural. De ce fait, lors de l'évaluation des candidats, les expériences en constructions hospitalières (ou hautement "technicisées"), ainsi qu'en direction de chantier en milieu complexe feront l'objet d'une attention particulière. L'examen portera donc sur les solutions proposées sur le plan constructif et technique plutôt qu'architectural (cf. cahier des charges du 11 juin 2004, p. 5 ch. 1.3 *Remarque*). Le déroulement de l'opération est planifié en deux phases, la première concerne l'attribution du mandat d'études pluridisciplinaires pour les prestations d'avant-projets et de devis général nécessaires à la présentation du dossier aux autorités pour le vote du crédit d'investissement suivie, en cas d'acceptation par le Grand Conseil, de la phase de réalisation à proprement parler (op. cité p. 7 ch. 2.5 et p. 12 ch. 3.10). Il est également précisé que l'objet du marché est constitué par les prestations d'architecte, d'ingénieur civil et d'ingénieur CVSE correspondant à la totalité des phases d'études définies selon les modèles de prestation SIA 102, 103 et 108 édition 2003 (cf. op. cité p. 8 ch. 3.2). L'organisateur a dit son intention de proposer au Conseil d'Etat l'attribution des deux phases du projet au même pool de mandataires ayant obtenu le plus grand nombre de points et recommandé par le groupe d'évaluation, sous réserve de l'octroi du crédit d'investissement et de l'entière satisfaction du maître de l'ouvrage lors du déroulement de la première phase.

Les critères d'adjudication étaient fixés comme suit:

Critère 1	Composition, qualification (pour l'objet du mandat) organisation du pool de mandataires et exhaustivité du dossier remis	30%
fo 2	Présentation générale du candidat	
fo 3	Ressources (humaines et matérielles) et qualification du candidat	
fo 4	Qualification, expérience et disponibilité des responsables désignés de chaque bureau membre du pool	
fo 5	Expérience de collaboration entre les mandataires	
fo 6	Expérience des procédures de marchés publics <i>(les sous-critères fo 3 à fo 6 représentent tous ¼ du critère 1)</i>	
Critère 2	Références du pool de mandataires	30%
fo 7	Références en fonction des domaines de construction, en projet et en direction des travaux	
Critère 3	Honoraires proposée	30%
fo 8	Montant des honoraires proposés pour l'ensemble du mandat, pour la 1 ^{ère} phase uniquement et part attribuée à l'acquisition des connaissances de l'état des lieux	
Critère 4	Attitude par rapport au projet	10%
fo 9	Approche, motivation de l'architecte et du groupe d'étude CVSE.	

L'adjudicateur a reçu quatorze offres.

- B. Par arrêté du 21 septembre 2004, publié dans la Feuille officielle du 1^{er} octobre 2004, le Conseil d'Etat a adjugé le mandat d'architecte, d'ingénieur civil, d'ingénieurs spécialisés en chauffage, sanitaire, ventilation, électricité (CSVE) pour la phase 1 de planification du programme de construction d'un nouveau bâtiment, "Bâtiment 13", pour l'Hôpital cantonal de Fribourg, CFC no 290, à A. associés pour un montant des honoraires de fr. 417'488.-. L'arrêté précise que la phase 2 de réalisation sera attribuée après l'obtention du crédit de construction. Il mentionne également que "La présente décision peut faire l'objet d'un recours dans les 10 jours dès sa réception auprès du Tribunal administratif".

Par courrier chargé du 30 septembre 2004, le Service des bâtiments a informé l'association de bureaux Groupe G. + S. SA de la décision d'adjudication. Un exemplaire de l'arrêté du Conseil d'Etat était annexé à ce pli. L'envoi LSI a été retiré le 4 octobre 2004.

- C. Le 14 octobre 2004, les intéressées évincées ont contesté devant le Tribunal administratif la décision d'adjudication du 21 septembre 2004. Sous suite de frais et dépens, elles concluent principalement à l'adjudication à elles-mêmes

des travaux litigieux, subsidiairement, à l'annulation de la décision d'adjudication au consortium A. associés. Outre la possibilité de compléter leur mémoire de recours, elles sollicitent l'octroi de l'effet suspensif.

A l'appui de leurs conclusions, les recourantes invoquent une violation du principe de transparence dès lors que le marché adjugé se fonde sur un tableau comparant les montants des honoraires pour l'ensemble des travaux (phase 1 et 2) alors que l'adjudication a trait exclusivement à la phase 1 du marché. L'adjudication d'un marché sur la base des critères d'un autre marché crée une distorsion de la concurrence. Elles se plaignent également d'une inégalité de traitement. En effet, tout en affirmant ne pas connaître le régime de notation appliqué, elles critiquent également la méthode choisie qui, une fois traduite en points et compte tenu de la faible pondération du critère "montant des honoraires" (30%), a pour effet de réduire l'écart de prix entre les offres.

- D. Par décision super-provisionnelle du 15 octobre 2004, le Juge délégué à l'instruction de la cause a interdit toute mesure d'exécution de la décision d'adjudication, jusqu'à droit connu sur la question de l'octroi ou du refus de l'effet suspensif.
- E. Dans sa détermination du 28 octobre 2004, l'autorité intimée conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours dans la mesure où il est recevable. Elle soutient qu'en déposant leur mémoire le 14 octobre 2004, les recourantes n'ont pas respecté le délai légal de dix jours qui a commencé à courir dès la publication dans la Feuille officielle et qui, par conséquent, arrivait à échéance le 11 octobre 2004. Elle nie également la qualité pour agir des recourantes qui ne rendent pas vraisemblable leurs chances d'obtenir le marché en cas d'admission du recours. Partant, elles ne satisfont pas à l'exigence d'un intérêt actuel et pratique à recourir.

Pour le surplus, l'autorité intimée affirme que la rédaction de l'appel d'offres et des documents d'appel d'offres fait clairement apparaître que l'évaluation du critère des honoraires concernerait les phases 1 et 2. La soumission portait expressément sur toutes les phases du projet, y compris la réalisation selon les normes SIA 102, 103 et 108. Elle démontre que, quand bien même il ne serait pas tenu compte que des honoraires de la première phase, les recourantes figureraient toujours au classement final derrière l'adjudicataire.

L'autorité intimée défend sa méthode de notation. Il s'agit de celle appliquée usuellement dans le canton de Fribourg. Elle observe qu'en l'espèce, au vu du nombre d'offres déposées et de l'écart entre elles, cette méthode n'atténue pas arbitrairement l'importance relative du critère des honoraires. Elle réfute les arguments des recourantes tirés de la violation du principe de

transparence et de l'égalité de traitement pour conclure au refus de l'effet suspensif.

F. Pour leur part, A. Associés, entreprises réunies en consortium formant A. Sàrl, ont déposé leurs observations le 15 novembre 2004. En substance, elles exposent le même point de vue que l'autorité intimée en soulignant toutefois que par rapport aux prestations liées à la réalisation de l'ensemble du marché, l'offre des recourantes pour la première phase est notoirement sous-évaluée et s'apparente à une sous-enchère.

G. Les recourantes ont répliqué et complété leurs moyens par écriture du 20 décembre 2004. Elles se prévalent de la date de la notification individuelle de la décision d'adjudication et non de celle de la publication pour justifier la recevabilité de leur recours. Nonobstant les explications déposées par l'autorité intimée, elles maintiennent que la phase 2 doit être considérée comme un marché à part entière et faire l'objet d'une adjudication séparée. Par conséquent, seuls les honoraires pour la première phase devaient être comparés. Dès lors si l'offre des recourantes était estimée anormalement basse, il revenait à l'autorité de se renseigner et d'écarter son offre le cas échéant, plutôt que de la pénaliser dans la notation.

S'agissant de l'évaluation du critère des honoraires, elles confirment leurs critiques considérant que la conjugaison du faible critère de pondération avec la méthode de notation choisie aboutit à disqualifier arbitrairement leur offre au mépris de la notion d'offre économiquement la plus avantageuse. A l'appui de cette affirmation, elles produisent une méthode de calcul linéaire couvrant une échelle de notes de 0 à 3, contre 1 à 3 dans le régime appliqué par l'autorité intimée. De cette manière, elles obtiendraient le score final maximum pour l'attribution de la phase 1.

Par le biais de leurs contre-observations, les recourantes invoquent aussi de nouveaux motifs à l'appui de leur recours. Ainsi, elles mettent en doute l'objectivité du pouvoir adjudicateur. En particulier, elles déplorent que le BAMO soit dirigé par une entreprise voisine et collaboratrice régulière d'une des sociétés membres du consortium adjudicataire. Elles reprochent également à l'autorité adjudicatrice d'avoir procédé arbitrairement dans la notation des critères 1 (fo 4) et 2 (fo 7). Ainsi, au vu des références produites relatives à leur expérience en relation avec l'objet, rien ne justifie à leurs yeux les pénalités attribuées à leur offre. Finalement, elles sollicitent le maintien de l'interdiction faite au Conseil d'Etat de conclure un contrat avec le consortium adjudicataire.

H. Dans sa duplique du 14 janvier 2005, le consortium adjudicataire maintient pour l'essentiel sa position. Sa collaboration avec S. SA à la réalisation du complexe hospitalier "Bertigny II", témoigne de sa grande expérience dans le domaine hospitalier. Il rejette le reproche de prévention tiré du voisinage du bureau fribourgeois d'A. avec la société P. SA. D'une part, les collaborateurs en charge du dossier "Bâtiment 13" travaillent au bureau de Payerne et, d'autre part, les recourantes savaient pertinemment qu'A. serait candidate. Elles auraient donc dû invoquer ce grief dès la mise en soumission.

Le 27 janvier 2005, l'autorité intimée a également dupliqué. Elle explique notamment qu'elle n'a procédé à aucune analyse de l'offre des recourantes car celle-ci ne lui semblait pas anormalement basse puisque seul le montant global des honoraires (phase 1 et phase 2) était relevant. Au surplus, elle conteste la recevabilité des deux nouveaux griefs au motif qu'ils sont soulevés tardivement dans la procédure. Elle s'attache tout de même à démontrer qu'ils sont sans pertinence sur le fond, la différence de notation des critères 1 et 2 étant objectivement justifiée par une plus grande expérience et de meilleures références des membres du consortium adjudicataire.

Le consortium adjudicataire a produit, en date du 31 janvier 2005, un récapitulatif - rédigé par l'un de ses membres - des transactions ayant présidé à la constitution du pool de mandataires. Ce document est destiné à prouver la connaissance, bien avant le dépôt des offres, de la candidature d'A. Sàrl par S. SA.

A la demande du Juge délégué, l'autorité adjudicatrice a précisé, le 16 février 2005, la méthode de notation (fourchettes des notes) utilisée pour évaluer les différents critères d'aptitude et d'adjudication.

Le 17 février 2005, les recourantes ont une nouvelle fois déposé des observations, sans y avoir été invitées. Comparant point par point les différents travaux réalisés par leurs soins et ceux de l'adjudicataire, elles critiquent les pénalités dont elles estiment être injustement les victimes.

Un échange d'écritures, non sollicité, a encore eu lieu entre les parties. Finalement, le Juge délégué a dû mettre formellement fin à l'instruction de la cause, le 11 mars 2005.

En droit:

1. a) Le Tribunal administratif examine d'office les questions de recevabilité des recours. Il n'est notamment pas lié par les motifs invoqués par les parties, conformément à l'art. 95 al. 2 du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1).

- b) Selon l'art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2), le délai de recours pour contester une décision d'adjudication est de dix jours. En l'espèce, la décision d'adjudication a été publiée le 1^{er} octobre 2004 dans la Feuille officielle. Les recourantes ont cependant reçu, le 4 octobre 2004, une notification spécifique de la même décision par lettre signature. La question se pose dès lors de savoir à partir de quand le délai de recours a commencé à courir. La Cour de céans a récemment tranché le problème dans une affaire similaire (ATA 2A 04 109 du 21 janvier 2005 publié sur le site www.fr.ch/tad le 27 janvier 2005 et la jurisprudence citée).

Aux termes de cet arrêt, il convient de distinguer entre la situation où l'administration n'adresse aux intéressés qu'une simple information portant référence à la publication officielle de celle où la décision d'adjudication est adressée aux soumissionnaires évincés et dont ceux-ci sont formellement destinataires, comme en l'espèce, selon l'art. 5 let. a de l'arrêté du Conseil d'Etat, lequel mentionne la possibilité d'un recours dans les 10 jours *dès sa réception* (cf. art. 3 du dispositif). De plus, il faut constater que, dans la Feuille officielle, il est spécifié que la "décision peut, dans un délai de 10 jours *dès la notification aux soumissionnaires*, faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif". La rédaction de l'arrêté du Conseil d'Etat associé au texte de la publication dans la Feuille officielle montre donc clairement que les soumissionnaires étaient légitimés à déduire de bonne foi que seul compte comme point de départ du délai de recours la date de la notification spéciale de la décision d'adjudication.

L'art. 34a du règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11) donne le choix à l'adjudicateur de communiquer sa décision soit par notification individuelle soit par le biais d'une publication dans la Feuille officielle. Dès lors que l'autorité adjudicatrice utilise simultanément les deux possibilités sans exprimer clairement que seule la publication fait foi pour le départ du délai de recours, les soumissionnaires ne doivent en subir aucun dommage.

- c) En l'espèce, l'arrêt litigieux du 21 septembre 2004, publié dans la Feuille officielle du 1^{er} octobre 2004, a été notifié aux recourantes le 4 octobre 2004.

Par conséquent, le mémoire de recours, posté le 14 octobre 2004, a été interjeté avant l'échéance du délai de recours de l'art. 15 al. 2 AIMP. Pour le reste, il respecte les formes prescrites. Il est donc recevable sous cet angle en vertu de l'art. 2 de la loi sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1).

- d) La qualité pour agir ne fait pas l'objet d'une réglementation particulière dans l'AIMP. Les cantons peuvent donc librement la définir dans les limites des principes et des objectifs fixés par l'AIMP, notamment dans le respect de la volonté de soumettre la procédure d'adjudication à un contrôle juridictionnel (Arrêt du Tribunal fédéral 2P. 261/2002 consid. 4.1 du 8 août 2003). Ni la LMP, ni le RMP ne traite de la question. Par conséquent, il y a lieu de se référer aux dispositions générales du CPJA.

En vertu de l'art. 76 let. a CPJA, a qualité pour recourir quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Dans la mesure où la qualité pour recourir devant le Tribunal administratif est définie dans les mêmes termes qu'à l'art. 103 let. a de la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ; RS 173.110), la doctrine et la jurisprudence se rapportant à cette norme sont applicables par analogie à la disposition cantonale (RFJ 1992 p. 347).

Selon la jurisprudence, l'intérêt visé doit être de fait ou de droit, spécial, direct et actuel, c'est à dire que le recourant doit prouver d'un intérêt pratique à l'annulation de la décision attaquée (ATF 125 II 497 consid. 1 a bb).

Sous réserve des cas où sont invoquées des irrégularités particulièrement graves, le Tribunal fédéral admet que le contrôle judiciaire en matière de marchés publics soit subordonné à l'exigence faite au recourant de rendre vraisemblable ses chances d'obtenir le marché en cas d'annulation de l'adjudication (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.261/2002 consid. 4.4 du 8 août 2003). La seule qualité de soumissionnaire évincé ne suffit donc pas. Toutefois, la question doit être examinée de manière circonstanciée selon les griefs soulevés.

- e) Les recourantes contestent la pondération et la méthode de notation du critère prix. En appliquant la formule d'évaluation qu'elles revendiquent, elles rattraperaient leur retard de points sur l'adjudicataire, ce qui suffit à justifier leur qualité pour agir pour autant que l'on ne considère que la phase 1 du marché alors que la décision d'adjudication se base sur le montant global des honoraires (phase 1 et 2). Examiné sous cet angle, on ne saurait affirmer que la solution retenue par l'autorité intimée soit évidente (ATF 2P. 261/2002 du 8 août 2002 consid. 4. 5). Par conséquent, il sera entré en matière sur le fond sur cet aspect.

- f) A teneur de l'art. 81 al. 1 CPJA, le mémoire de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, les conclusions du recourant et ses motifs. Lorsque les conclusions ou les motifs ne sont pas exprimés avec une clarté suffisante, l'autorité impartit au recourant un bref délai pour remédier aux informalités constatées, à moins que le recours ne soit manifestement irrecevable. En d'autres termes, l'autorité de recours ne peut autoriser le recourant à réparer l'absence de conclusions ou de motifs.

L'art. 83 CPJA prévoit cependant que l'autorité peut, sur demande du recourant, lui accorder un délai supplémentaire pour compléter l'exposé des motifs, si l'étendue exceptionnelle ou la difficulté particulière de l'affaire le commande. La demande doit être motivée et présentée lors du dépôt du recours.

Enfin, l'art. 89 CPJA dispose, pour sa part, que l'échange d'écritures se limite en général à permettre à l'autorité intimée, le cas échéant, aux autres parties de déposer leurs observations au recours. Dans la mesure où une adjudication crée ou refuse des droits "civils" au sens de l'art. 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme (J.-B. ZUFFEREY, C. MAILLARD ET N. MICHEL, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 73), les parties disposent du droit de prendre connaissance de toutes les pièces et observations présentées au juge et de les discuter (Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans la cause Ziegler c/ Suisse, JAAC 66/2002 p. 1307 n° 113; Arrêt du Tribunal fédéral 5P.446/2003 du 2 mars 2004 et 1P.150/2004 du 6 septembre 2004). Le fait qu'elles profitent de chaque observation pour développer dans des contre-observations des arguments déjà invoqués précédemment ne rend pas ces nouveaux développements irrecevables, l'échange d'écriture permet justement d'assurer le droit d'être entendu de toutes les parties. En revanche, en cours de procédure, seuls peuvent être invoqués des faits et moyens de preuve qui ne pouvaient pas l'être lors de l'échange d'écritures au sens de l'art. 89 CPJA. Autrement dit, une partie doit invoquer immédiatement les allégués dont elle entend se prévaloir sans attendre un échange ultérieur d'écritures (art. 93 CPJA; RFJ 1992 p. 161 s; ATA 2A 04 59 du 5 novembre 2004 publié sur Internet le 10 novembre 2004).

- g) Dans le cas particulier, les recourantes ont demandé dans leur mémoire du 14 octobre 2004 à pouvoir produire *après* la réponse de l'autorité intimée à leur recours un mémoire complémentaire "*en raison du bref délai de recours*". Profitant de l'occasion de pouvoir répliquer, elles invoquent de nouveaux motifs à l'appui de leur recours.

Ce moyen ne saurait être admis. En effet, en matière de marchés publics, le délai de recours est de dix jours (cf. notamment art. 15 al. 2 AIMP).

S'agissant d'un délai légal, il ne saurait être prolongé, en vertu de l'art. 29 al. 1 CPJA. Même s'il est bref, il n'en constitue pas moins le standard en matière de marché public et ne peut être considéré comme une difficulté particulière, d'autant moins lorsque, comme en l'espèce, les recourantes sont assistées par un mandataire professionnel. A supposer d'ailleurs que les recourantes aient élaboré une prémisse des arguments invoqués par la suite, elles n'ont pas démontré que l'étendue exceptionnelle ou la difficulté particulière de l'affaire commandait de les autoriser à compléter l'exposé des motifs. Elles ne sauraient dès lors, dans le cadre de l'échange des écritures, invoquer des motifs qui pouvaient l'être dans le mémoire de recours. Or, dans leurs contre-observations du 20 décembre 2004, elles mettent en doute l'objectivité du BAMO et critiquent l'évaluation des critères 1 (fo 4) et 2 (fo 7).

Les recourantes connaissaient de longue date la candidature d'A. Sàrl et, en tous les cas dès la communication du cahier des charges, les fonctions dirigeantes du BAMO de P. SA. Le résultat de l'évaluation des candidats se trouvait en annexe de la décision notifiée le 4 octobre 2004. Elles auraient donc pu et dû invoquer ces allégués dans leur mémoire de recours du 14 octobre 2004. Il en va de même s'agissant des griefs quant à l'évaluation des critères. Faute de l'avoir fait, elles doivent se voir opposer l'exception d'irrecevabilité de l'art. 81 al. 1 CPJA.

2. Il ne reste donc à la Cour qu'à examiner le bien-fondé des moyens avancés par les recourantes dans leur mémoire de recours et développés lors de l'échange des écritures.
 - 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 défendre valablement leurs chances. Le pouvoir adjudicateur est 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 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 130 I 241 consid. 5.1; ATF 125 II 101 consid. 7 c et les références citées).

Au niveau cantonal, le principe de la transparence a été concrétisé par l'art. 15 al. 1 let. i RMP. 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 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.

- b) Les recourantes soutiennent que l'adjudicateur a violé ce principe et celui de l'égalité de traitement en adjugeant exclusivement la phase 1 du mandant sur la base du montant global des honoraires.

Il faut tout d'abord relever que la collectivité reste libre d'adjuger ses marchés globalement ou séparément (DC 4/2000 p. 129 N° S43). Ce qui est déterminant au regard des principes cardinaux du droit des marchés publics, c'est qu'elle annonce clairement ses intentions dans les documents d'appel d'offre et qu'elle ne subdivise par artificiellement les marchés qui sont dans un lien étroit afin d'en manipuler la valeur dans le but d'échapper à une procédure d'appel d'offre.

La situation litigieuse ne s'apparente pas à un marché adjugé par lots séparés. Dans un marché par lots, si la valeur de déclenchement de l'appel d'offre se calcule bien sur la base de la valeur totale du marché, chaque lot pouvant être attribué à un soumissionnaire en particulier et chaque candidat pouvant ne soumissionner que pour un lot, il va de soi que l'évaluation des offres doit ensuite se faire en référence aux critères de chacun des lots pris individuellement.

Or, il ressort clairement de l'appel d'offre du 11 juin 2004, des documents d'appel et des précisions fournies le 1^{er} juillet 2004 par le BAMO en réponse aux questions des soumissionnaires que ces derniers devaient prétendre à la totalité du marché et par conséquent ne pouvaient pas soumissionner que pour une phase, les offres partielles n'étant pas admises (ch. 12 de l'appel d'offre du 11 juin 2004).

L'appel d'offre précisait également à la rubrique "description du marché" que le pool de mandataires retenus sera chargé de l'exécution des phases du projet définitif, des appels d'offres et de la réalisation, selon les règlements SIA 102, 103 et 108. Les explications fournies à ce sujet lors des réponses données le 1^{er} juillet 2004 aux questions des candidats à l'appel d'offre ne laissent planer aucun doute: le mandat s'étend aux 100 % des prestations

décrites dans les normes SIA. Le critère d'adjudication 3 figurant dans les documents de l'appel d'offre exigeait la mention du montant total des honoraires. Dès lors, il découle que l'évaluation du critère des honoraires doit incontestablement porter sur l'ensemble des prestations mises en soumission. Il en va par ailleurs de même pour les autres critères qui ont tous été examinés dans la perspective d'une adjudication totale. L'autorité adjudicatrice n'a jamais dissimulé son intention de confier le mandat global à un pool de mandataires capables d'assurer toutes les phases du marché.

Ainsi, l'autorité intimée n'a commis aucun excès ou abus de son pouvoir d'appréciation en retenant le montant total des honoraires comme critère d'évaluation du prix.

- c) La décision du 21 septembre 2004 du Conseil d'Etat n'attribue cependant formellement que la phase 1 du mandat au consortium adjudicataire. Il ne s'agit cependant pas d'une renonciation unilatérale à certaines prestations intervenant *après* le dépôt des offres - ce qui équivaldrait à une adjudication partielle proscrite dans le droit des marchés publics (ATF 2P151/1999 du 30 mai 2000) - mais plutôt d'un report *annoncé* d'une partie de l'adjudication. En d'autres termes, on se retrouve dans la situation où une seule procédure de passation donnera lieu à deux décisions d'adjudication, la seconde étant étroitement tributaire de la première. Cette manière de faire prête peut-être le flanc à la critique dans la mesure où il est admis qu'une décision d'adjudication constitue une autorisation et non une obligation de contracter (ATF 129 I 240 consid. 3), et qu'il était donc loisible à l'autorité intimée de ne prononcer qu'une seule et même décision pour tout le marché. Mais cette question relève de l'opportunité que la Cour de céans n'est pas habilitée à revoir en l'espèce (art. 16 AIMP).

Au demeurant, l'attribution du marché ne se trouvant pas faussée par cette pratique, les recourantes ne peuvent rien tirer de cette argumentation. Cas échéant, il reviendrait au consortium adjudicataire de se prévaloir de cette question. En effet, en sa qualité de soumissionnaire retenu, ce dernier pouvait légitimement s'attendre à l'adjudication en une fois du marché global avec établissement immédiat du contrat pour la phase 1, la conclusion du contrat de la phase 2 étant subordonnée à l'approbation par le Grand Conseil du crédit de construction.

3. a) Les critiques sur la méthode d'évaluation doivent également être rejetées.

Contrairement aux marchés portant sur des biens largement standardisés, le prix dans les marchés attribués à l'offre économiquement la plus avantageuse n'est qu'un critère parmi d'autres et ne justifie pas à lui seul une adjudication (ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, p. 117 s). Il constitue toutefois un

critère indispensable et sa pondération ne peut être négligeable. L'autorité adjudicatrice dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour choisir les critères d'adjudication et leur pondération. Concernant le critère prix, il est admis que son facteur de pondération varie en fonction de la complexité du marché en cause. Le Tribunal fédéral a jugé que la prise en compte d'un taux de 20% n'était pas d'emblée insoutenable (ATF 129 I 313 consid. 9).

Dans le cas d'espèce, la complexité du marché n'est pas contestée. Il n'est pas du tout choquant de choisir, pour un mandat faisant appel à des connaissances pluridisciplinaires, un facteur de pondération de 30%, qui sans être dérisoire, laisse tout de même une place significative aux autres critères. L'important est de mentionner dans les documents d'appel d'offre - comme l'a fait l'autorité intimée - le poids donné à ce critère dans l'évaluation des candidatures.

Les écarts réels de prix entre les offres doivent toutefois se refléter objectivement dans le nombre de points attribués dans le tableau final. Le taux de pondération n'est alors pas seul en cause, il faut aussi considérer la règle de notation utilisée.

- b) Le principe qui veut, en droit des marchés publics, que les règles soient connues à l'avance, ne s'impose pas à la communication de la méthode de notation, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (ATF 130 I 241 consid. 5.1). Afin d'éviter des suspicions de manipulation, le pouvoir adjudicateur doit toutefois établir préalablement, au moins de manière interne, l'échelle des notes et sa signification. L'idée est toujours la même: assurer la permanence des règles du jeu durant toute la procédure.

Le canton de Fribourg utilise la même méthode pour tous les marchés publics depuis quelques années. La formule est la suivante :

$$\left[\frac{\text{Prix de l'offre maximale} - \text{prix de l'offre}}{\text{Prix de l'offre maximale} - \text{prix de l'offre minimale}} \times (\text{la note maximale} - 1) \right] + 1$$

Quoique n'apparaissant pas dans les documents d'appel d'offre, ce système d'évaluation - fixé en 2001 par l'ancienne Direction des travaux publics et communiqué à tous les services concernés - a été arrêté bien avant le dépôt des offres et appliqué de la même manière à tous les soumissionnaires. Selon toute vraisemblance, il est connu des recourantes dont plusieurs collaborateurs sont membres de la SIA, section fribourgeoise, qui a collaboré à la mise au point de la méthode de notation ici contestée. En outre, les recourantes n'en sont pas à leur première soumission dans le canton de Fribourg.

Lorsque le pouvoir adjudicataire ne choisit pas la même échelle de notes pour tous les critères d'adjudication, cette formule peut présenter le

désavantage de ne pas couvrir la totalité des échelons utilisés, mais de commencer à 1, alors que les autres critères débutent à 0. Il en découle que le poids du prix est renforcé, ce qui favorise les offres les plus chères qui se trouvent créditées d'un certain nombre de points par le seul dépôt de l'offre. Ce décalage entre les fourchettes utilisées pour l'évaluation des critères pourrait être critiquable sous l'angle de la transparence (DC cahier spécial "marchés publics", 2004, p. 33).

Ce qui n'est pas le cas en l'espèce, l'autorité ayant appliqué à tous les critères une échelle identique établie sur une fourchette de 1 à 3, assurant de cette manière la cohérence du système de notation choisi.

Au demeurant, aucune disposition légale ne définit l'échelle des notes qu'il convient d'attribuer à un critère et toutes les solutions existantes présentent des inconvénients (cf. DC cahier spécial "marchés publics", 2004, p. 27 ss). Celle retenue - à l'inverse de ce que semblent prétendre les recourantes - n'affaiblit pas le poids déjà restreint du critère prix, au contraire, elle renforce la place de ce dernier dans l'évaluation générale. Entre l'offre des recourantes et celle du consortium adjudicataire, l'écart par rapport à l'offre la plus basse n'est que d'un peu plus de 4 %. Convertie en point, la différence est de 3,29 (sur les 90 possibles), ce qui traduit assez fidèlement la réalité.

En définitive, la méthode appliquée relève du pouvoir d'appréciation du maître de l'ouvrage et force est de constater qu'en l'espèce, l'autorité intimée n'a commis aucun abus de ce pouvoir en portant son choix sur un procédé connu qui n'est ni choquant, ni incohérent, ni arbitraire.

4. Le présent arrêt tranchant le litige sur le fond, il rend la demande d'effet suspensif sans objet.

Ayant succombé dans leurs conclusions, les recourantes doivent supporter les frais de procédure en application de l'art. 131 CPJA. Pour la même raison, elles devront s'acquitter d'une indemnité de partie auprès du consortium adjudicataire qui a dû faire appel aux services d'un mandataire pour défendre ses intérêts (art. 137 CPJA). Ce dernier, bien qu'invité à déposer sa liste de frais, ne s'est pas exécuté à ce jour. Le montant de l'indemnité de partie sera par conséquent arrêté ex aequo et bono à fr.- (TVA y comprise), conformément au Tarif des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (RSF 150. 12).

L'autorité intimée estime également avoir droit à une indemnité de partie compte tenu de la particularité des procédures de marchés publics et de l'égalité des armes.

A teneur de l'art. 139 CPJA, aucune indemnité de partie n'est allouée aux collectivités publiques visées à l'art. 133 CPJA, sauf dans les cas où leurs intérêts patrimoniaux sont en cause ou que des circonstances particulières ont rendu nécessaire l'appel à des mandataires extérieurs.

La ratio legis de cet article se fonde essentiellement sur le postulat qui veut que défendre une application correcte de la loi entre dans le cadre de l'activité ordinaire des collectivités en cause. Disposant de fonctionnaires spécialisés, elles sont normalement en mesure de répondre au recours, voire de recourir elle-même, sans engager des frais de fonctionnement supplémentaire qu'il conviendrait d'indemniser. Il est d'ailleurs équitable que les collectivités publiques qui n'encourent, en principe, aucun frais de procédure lorsqu'elles sont désavouées (art. 133 CPJA) n'obtiennent, à l'inverse, aucune indemnité lorsque leur point de vue est admis (C. PFAMMATTER, L'indemnité de partie devant le Tribunal administratif fribourgeois, in RFJ 1993, p. 126).

En l'espèce, seule la troisième exception à la règle, prévue à l'art. 139 CPJA, pourrait entrer en considération. Les conditions particulières qui rendent nécessaire l'appel à un mandataire extérieur sont notamment réalisées lorsque la collectivité publique en cause ne dispose visiblement pas de l'infrastructure nécessaire pour défendre son point de vue dans le procès ou si celui-ci requiert un tel travail de la part de la collectivité publique qu'on ne peut plus attendre de cette dernière qu'elle se charge elle-même de cette tâche, sous peine de voir négliger les activités ordinaires qui lui sont dévolues (PFAMMATTER, op. cit., p. 127/128).

Les conditions particulières telles qu'énoncées ci-dessus ne sont pas réalisées dans la présente affaire. En effet, la collectivité publique en cause - le Conseil d'Etat et, par délégation, la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions - dispose de toute évidence dans ses services de juristes aptes à garantir le principe de l'égalité des chances dans la procédure. Si, pour des raisons budgétaires, ils ne sont pas en nombre suffisant et doivent donner la priorité à d'autres tâches plus urgentes, l'Etat peut faire appel à un mandataire extérieur. Cela ne saurait, en revanche, justifier de déroger à la règle prévue à l'art. 133 CPJA. Par ailleurs, la matière traitée ne présente aucune particularité ou difficulté telle qu'elle exige de faire appel à un spécialiste. Le domaine des marchés publics fait partie des activités ordinaires de l'Etat, en particulier de la Direction précitée. La situation pourrait être différente si par exemple une commune - qui ne dispose pas nécessairement des mêmes moyens - était partie à la cause.

Il ressort des considérants qui précèdent que l'autorité intimée n'a pas droit à l'indemnité de partie qu'elle réclame.

210.2; 210.4