

Arrêt du 28 juillet 2011

II^e COUR ADMINISTRATIVE

COMPOSITION Président : Christian Pfammatter
 Juges : Josef Hayoz, Gabrielle Multone
 Greffier-stagiaire : Sébastien Moret

PARTIES **RB.CH ARCHITECTES SARL**, rue de Gruyères 28, 1630 Bulle,
recourante, représentée par Me Pierre Mauron, avocat, rue de la Léchère
10, case postale 519, 1630 Bulle 1,

contre

PREFECTURE DU DISTRICT DE LA GRUYERE, Le Château, case postale
192, 1630 Bulle, **autorité intimée**,

VILLE DE BULLE, Grand-Rue 7, case postale 32, 1630 Bulle, **intimée**,
représentée par Me Nicolas Charrière, avocat, bd de Pérolles 4, case
postale 1431, 1701 Fribourg,

ATELIER D'ARCHITECTURE A3 SA, Rue de la Condémine 56, 1630,
Bulle, **intimée**, représentée par Me Christophe Claude Maillard, avocat,
rue Pierre-Alex 11, case postale 2130, 1630 Bulle 2,

OBJET Marchés publics

Recours du 30 mai 2011 contre la décision du 19 mai 2011

c o n s i d é r a n t e n f a i t

A. Construit en 1985-1986 par l'Atelier d'architecture A3 SA, le Foyer de Bouleyres, à Bulle, est un établissement médico-social pour personnes âgées.

Se fondant sur une expertise effectuée en 2007 par Reno-Conceptions SA, entreprise générale de construction composée des mêmes partenaires que l'Atelier d'architecture A3 SA, le Conseil général de Bulle a approuvé le 13 décembre 2010 un crédit d'investissement d'un montant de 5'540'000 francs pour la rénovation du bâtiment et la création d'une unité de psycho-gériatrie.

Par publication dans la Feuille officielle du 11 février 2011 ainsi que sur le site internet simap.ch, la Ville de Bulle a procédé à un appel d'offres, par voie de procédure ouverte, pour le mandat d'architecte lié à ce projet. Les principales annexes techniques nécessaires à l'élaboration d'une offre d'honoraires ont été préparées par le bureau Reno Conceptions SA qui a effectué les études préalables, l'avant-projet, le projet complet pour la partie rénovation ainsi qu'une partie du projet pour la partie psycho-gériatrique. Les prestations d'architecte faisant l'objet de l'appel d'offres forment le 83 % des prestations totales pour les travaux principaux (partie psycho-gériatrie) et le 76 % pour les travaux de rénovation.

Parallèlement à ce marché, l'Atelier d'architecture A3 a obtenu de la commune le 21 avril 2010, dans une procédure sur invitation, le mandat d'architecte relatif à la construction d'une nouvelle cuisine et du réaménagement partiel des étages du Foyer de Bouleyres pour un montant de 353'543 fr. 55.

B. Prenant acte de cette pré-implication de Reno Conceptions SA, clairement annoncée dans l'appel d'offres, le bureau RB.CH Architectes Sàrl a déposé une série de questions à l'adjudicateur afin de déterminer si l'Atelier d'architecture A3 SA était admis à soumissionner et, dans l'affirmative, si des aménagements particuliers seraient pris pour assurer l'égalité de traitement entre concurrents.

Le 28 février 2011, la Ville de Bulle a répondu que le bureau Reno Conceptions SA n'avait pas participé à l'élaboration de l'appel d'offres, mais uniquement à un dialogue technique, qui était licite du moment qu'il ne portait pas atteinte au principe de l'égalité de traitement et ne supprimait pas la concurrence. L'Atelier d'architecture A3 pouvait dès lors participer à la procédure d'appel d'offres pour le mandat d'architecte. L'adjudicateur a fait savoir par ailleurs qu'aucun délai supplémentaire ne serait accordé aux soumissionnaires en raison de la situation particulière de pré-implication de Reno Conceptions SA. Il a en outre refusé de communiquer les plans sous un autre format informatique que le format "pdf" fourni avec l'appel d'offres et a rejeté la demande d'obtenir le détail de l'estimation des coûts par position considérant que l'estimation annexée à l'appel d'offre était suffisante. Enfin, la commune a indiqué qu'Yves Grandjean, conseiller communal en charge des constructions et actionnaire de l'Atelier d'architecture A3 SA et de Reno conceptions SA, s'était récusé dans cette affaire.

C. A l'échéance du délai fixé au 7 mars 2011, le conseil communal a procédé à l'ouverture des offres. Au terme de la procédure d'évaluation, il a attribué le marché, le 30 mars 2011, à l'Atelier d'architecture A3 SA, qui avait déposé une offre de 322'702 francs, pour un total pondéré de 380 points. Avec une offre à 399'627 fr. 05 le

bureau RB.CH Architectes Sàrl venait en 2^{ème} position avec 326.17 points, devant un autre architecte qui avait proposé d'effectuer le mandat pour un montant de 394'733 francs et obtenait 345.41 points. Le document d'évaluation des offres sur lequel s'est fondé le conseil communal a été préparé par Vincent Accarisi, employé communal, qui a travaillé dans le passé pendant plusieurs années comme associé d'Yves Grandjean et qui est le parrain d'un de ses enfants. Le même avait également rédigé et signé la réponse de la commune du 28 février 2011 aux questions de RB.CH Architectes Sàrl.

D. Le 6 avril 2011, RB.CH Architectes Sàrl a recouru contre la décision d'adjudication devant le Préfet du district de la Gruyère en se plaignant d'une violation des règles sur l'égalité de traitement entre concurrents en raison de la pré-implication illicite de l'adjudicataire. La recourante a invoqué également une violation des règles sur la récusation en raison du comportement d'Yves Grandjean qui aurait pris part indirectement à la procédure par le biais de Vincent Accarisi, placé sous son autorité.

E. Par décision du 19 mai 2011, le préfet a rejeté le recours dans la mesure où il était recevable. Pour l'essentiel, il a considéré que la recourante ne pouvait plus, de bonne foi, invoquer la pré-implication de l'adjudicataire dès lors que la situation avait été clairement portée à sa connaissance sans susciter de réaction de sa part. Il était trop tard de s'en plaindre au stade de la décision d'adjudication. Au demeurant, le préfet a estimé qu'aucun élément probant ne permettait de conclure que la pré-implication de l'adjudicataire lui aurait offert un avantage indu par rapport à ses concurrents, de sorte que le principe de l'égalité de traitement n'avait pas été violé. Enfin, s'agissant de la récusation, le préfet a constaté que ce grief était également tardif et que, de toute manière, Yves Grandjean s'était effectivement récusé dans cette affaire.

F. Agissant le 30 mai 2011, RB.CH Architectes Sàrl a contesté devant le Tribunal cantonal la décision préfectorale du 19 mai 2011 dont elle demande l'annulation sous suite de frais et dépens. Elle conclut, principalement, à l'attribution du mandat d'architecte litigieux pour un montant de 399'627 francs et, subsidiairement, au renvoi du dossier à la commune pour nouvelle adjudication dans le sens des considérants. Plus subsidiairement, la recourante requiert la constatation de l'illicéité de l'adjudication.

A l'appui de ses conclusions, RB.CH Architectes Sàrl invoque, tout d'abord, une violation du principe de l'égalité de traitement au sens de l'art. 6b du règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11) en raison de la pré-implication de l'adjudicataire. S'agissant de la tardiveté du grief de pré-implication retenue par le préfet, la recourante estime que la question de la pré-implication doit être traitée comme un cas de récusation obligatoire, avec pour conséquence que ce grief doit être examiné au moment de l'adjudication, quel que soit le moment où le concurrent en a eu ou a pu en avoir connaissance. De toute manière, la recourante remarque qu'à réception de la réponse de la commune à ses questions, le 28 février 2011, soit au moment où elle a eu confirmation de la pré-implication de l'adjudicataire, le délai de recours contre l'appel d'offres était échu et que, par conséquent, seule restait la possibilité de recourir contre la décision d'adjudication.

Sur le fond, la recourante estime que l'intervention de l'adjudicataire a dépassé largement le stade autorisé du dialogue technique avec l'adjudicateur pour aboutir à une véritable participation à l'élaboration de l'appel d'offres. Dans de telles circonstances, Reno conceptions SA et Atelier d'architecture A3 SA ne devaient pas être admises à participer à la soumission. Pour démontrer l'existence d'avantages indus de la société

pré-impliquée, la recourante constate que l'intéressée a bénéficié d'une longueur d'avance sur ses concurrents pour préparer son offre. Cette distorsion de concurrence n'a pas été corrigée par une prolongation du délai de remise des offres. De plus, la requête de la recourante d'obtenir le détail de l'estimation des coûts a été rejetée, le seul document disponible ne constituait qu'un récapitulatif qui ne permettait pas d'adapter l'offre en conséquence. Le refus de communiquer les plans informatisés sous un format plus fin que le format .pdf n'a pas permis aux soumissionnaires d'examiner ceux-ci dans tous les détails voulus et n'a pas facilité leur utilisation. Enfin, rappelant que l'adjudicataire avait déjà obtenu le mandat relatif à la construction de la nouvelle cuisine et au réaménagement des étages, la recourante estime que l'Atelier d'architecture A3 SA a acquis une connaissance plus approfondie du bâtiment que les autres soumissionnaires et que le détail de ces travaux aurait également dû être annexé à l'appel d'offres pour garantir l'égalité de traitement.

S'agissant de la récusation d'Yves Grandjean, la recourante constate que, selon les déclarations de la commune, la récusation de l'intéressé n'a eu lieu que pour la prise de décision par le conseil communal. Or, cette récusation s'imposait également pour toutes les discussions préalables, ce qui n'a pas été établi. En outre, la récusation de Vincent Accarisi était aussi obligatoire vu ses relations étroites avec Yves Grandjean et sa subordination à cette personne dans le cadre du service de l'aménagement et des bâtiments de la Ville.

Parallèlement, la recourante a déposé une demande d'octroi de l'effet suspensif à son recours.

G. Dans ses observations du 14 juin 2011, le préfet propose le rejet du recours en se référant aux considérants de la décision attaquée.

H. Pour sa part, dans ses déterminations du 5 juillet 2011, la Ville de Bulle conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours pour autant qu'il soit recevable. Elle relève qu'à réception de la réponse à ses questions, le 28 février 2011, la recourante n'a déposé aucune requête auprès de la Ville tendant à l'exclusion de l'Atelier d'architecture A3 SA de la procédure d'appel d'offres. Elle n'a pas non plus formulé une quelconque requête de récusation à l'encontre du personnel communal impliqué dans la procédure. Dès lors, les griefs de la recourante concernant la pré-implication de l'adjudicataire et la récusation du personnel communal sont, à son avis, irrecevables. Tout en laissant ouverte la question de savoir si la recourante n'aurait pas dû agir directement contre l'appel d'offres, la commune estime qu'elle aurait dû au moins déposer une requête d'exclusion avant la décision d'adjudication. Or, aucune réaction n'a suivi la réception des réponses du 28 février 2011. Partant, l'absence de réaction doit être interprétée comme une admission de l'ensemble des modalités de la procédure d'appel d'offres, y compris la participation de l'Atelier d'architecture A3 SA et l'examen des offres par Vincent Accarisi.

Sur le fond, la commune relève qu'en invoquant le grief de pré-implication, la recourante devait apporter la preuve que l'adjudicataire a disposé d'un avantage concurrentiel. Ce qu'elle n'a pas fait. Faute d'indiquer quels avantages indus auraient permis à l'adjudicataire d'établir une offre plus favorable, les critiques de la recourante doivent être rejetées.

Enfin, la commune relève qu'en application des règles sur la récusation facultative auxquelles est soumis Vincent Accarisi (art. 73 al. 2 de la loi sur les communes;

RSF 140.1), le grief de récusation le concernant est tardif. De toute manière, elle remarque qu'il est aberrant d'exiger la récusation de tout un service de l'administration sous prétexte que le conseiller communal en charge doit se récuser. La Ville de Bulle estime avoir correctement appliqué les règles sur la récusation en ce sens qu'Yves Grandjean et Raoul Girard, conseillers communaux, se sont récusés. Le premier en raison du fait que le bureau dont il est un des administrateurs avait déposé une offre, le second parce que son épouse est collaboratrice au sein du bureau RB.CH.

I. Dans sa réponse du 5 juillet 2011, l'Atelier d'architecture A3 SA conclut au rejet du recours, sous suite de frais et dépens, en considérant pour l'essentiel que le préfet n'a pas violé la loi, ni abusé de son pouvoir d'appréciation en retenant que la recourante était forclosée. Du moment que celle-ci connaissait la pré-implication de l'adjudicataire dès la remise des documents d'appel d'offres, elle aurait dû s'en plaindre à ce stade de la procédure. En attendant la décision d'adjudication pour faire valoir ses griefs, au cas où elle n'obtiendrait pas le marché, la recourante a agi, à son avis, contrairement aux règles de la bonne foi et de la sécurité du droit. Sur le fond, l'adjudicataire fait valoir qu'elle n'a effectué aucune prestation d'architecte pour laquelle les soumissionnaires ont été invités à formuler leur offre. Les premières prestations remontaient à 2006/2007 et concernaient un rapport et une étude de faisabilité ainsi qu'un inventaire d'immeubles et de travaux de réfection. En 2010, l'adjudicataire a été appelée à présenter un avant-projet de rénovation intégrant une unité de psycho-gériatrie et un devis général pour l'élaboration du message à l'attention du Conseil général de Bulle. Un montant de 10'000 francs a été facturé pour cet avant-projet, ce qui démontre son caractère limité. Pour le reste, les phases de projet de l'ouvrage, de procédure d'autorisation, d'appel d'offres, de projet d'exécution et d'exécution de l'ouvrage, de mise en service et d'achèvement de l'ouvrage correspondent à des phases complètes conformément à la norme SIA 102, à l'exception de la phase projet de l'ouvrage (13 %). Sur ce point, l'autorité adjudicatrice a fourni toutes les indications nécessaires sur les détails des prestations et les pourcentages attribués à chacun d'eux en toute transparence. Vis-à-vis de ses concurrents, l'adjudicataire estime n'avoir bénéficié d'aucune avance ou information privilégiée malgré les prestations déjà accomplies. Ces éléments, notamment l'étude de faisabilité, les coûts et les plans d'avant-projet, partie intégrante des documents d'appel d'offres, étaient connus de tous les soumissionnaires. Par ailleurs, en qualité de bureau adjudicataire, l'intimée devra exécuter les plans de détail et les offres, comme n'importe quel autre bureau soumissionnaire auquel le mandat aurait été attribué.

L'adjudicataire conteste qu'elle dispose d'un avantage sur ses concurrents du fait que la construction de la nouvelle cuisine et le réaménagement partiel des étages lui ont été confiés au terme d'une autre procédure de marché public. Le maître de l'ouvrage n'a pas caché que l'unité de psycho-gériatrie était prévue sur le toit de la nouvelle cuisine. Il a également assuré que l'adjudicataire pourrait disposer de tous les documents et de toutes les informations utiles permettant de mener à bien les prestations d'architecte, objet du présent marché.

Quant à la critique de la recourante selon laquelle elle n'aurait pas bénéficié d'assez de temps pour préparer son offre, l'adjudicataire constate que l'intéressée n'a jamais indiqué qu'un délai supplémentaire lui serait nécessaire et n'a fait aucune demande dans ce sens à la commune.

En ce qui concerne la récusation, l'Atelier d'architecture A3 SA relève qu'Yves Grandjean, conseiller communal, n'a participé à aucune décision concernant le dossier litigieux. S'il

est vrai que Vincent Accarisi a été l'associé d'Yves Grandjean il y a plusieurs années et qu'il est parrain de son fils aîné, âgé de 19 ans, Yves Grandjean considère qu'il n'existe pas un rapport d'amitié particulier avec cette personne, qui empêcherait celle-ci de traiter un dossier en toute impartialité. De toute manière, dans la mesure où la récusation d'un employé communal est facultative dans les cas prévus par l'art. 73 al. 2 LCo - ici applicable - il incombait à la recourante, qui connaît la fonction de Vincent Accarisi, de soulever immédiatement ce grief; ce qu'elle n'a pas fait. Elle est donc forclosée pour se plaindre d'une prétendue violation des règles sur la récusation.

J. Par mesure super-provisionnelle du 31 mai 2011, le Juge délégué à l'instruction du recours a interdit toute mesure d'exécution de la décision d'adjudication.

e n d r o i t

1. a) Déposé dans le délai de 10 jours (art. 35 RMP) et les formes prescrits, le recours est recevable en vertu de l'art. 2 de la loi sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1). Le Tribunal cantonal peut donc entrer en matière sur ses mérites.

b) Selon l'art. 16 al. 1 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 (lettre a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (lettre b). Le grief d'inopportunité ne peut pas être invoqué (art. 16 al. 2 AIMP).

2. a) Sous le titre "incompatibilité", l'art. 6b RMP prévoit que "les personnes et entreprises qui participent à la préparation des documents d'appel d'offres ou aux procédures de passation des marchés publics de manière à pouvoir influencer l'adjudication en leur faveur ne peuvent présenter d'offre".

S'il est admis qu'en application de cette disposition, un soumissionnaire ayant été chargé d'élaborer les documents d'appel d'offres doit dans tous les cas être exclu de la procédure d'adjudication (ATC du 8 mars 2007, 2A 07 5, consid. 2 et les références), un dialogue technique entre le pouvoir adjudicateur et le futur soumissionnaire qui a pour but d'aider le premier nommé dans la définition de l'objet du marché est licite et n'entraîne pas l'exclusion du soumissionnaire lorsqu'il ne porte pas atteinte ultérieurement à l'égalité de traitement des soumissionnaires et ne supprime pas la concurrence (RDAF 2004 I p. 275 consid. 3a; ATF 2P.164/2004, consid. 3). Dans ce cas, l'admissibilité de la participation du soumissionnaire pré-impliqué dépendra de l'intensité de cette pré-implication et des mesures correctives qui ont été prises par l'adjudicateur pour garantir l'égalité entre concurrents.

b) Sur le plan procédural, le traitement juridique d'une pré-implication est similaire de celui des cas de récusation.

Selon l'art. 22 du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1), la partie qui entend demander la récusation d'un juge ou d'un greffier doit présenter sa requête dès qu'elle a connaissance du cas de récusation. La diligence de la partie doit être appréciée en fonction du principe de la bonne foi. L'idée est d'empêcher qu'une partie ayant connaissance d'un motif de récusation attende l'issue de la procédure et ne

l'invoque que si celle-ci lui est défavorable (ATF 132 II 485, consid. 4.3 p. 496). Même si la loi ne prévoit aucun délai particulier, il y a lieu d'admettre que la récusation doit être formée aussitôt, c'est-à-dire dans les jours qui suivent la connaissance du cas de récusation (ATF 1B_277/2008 du 13 novembre 2008, consid. 2.3).

On ne saurait déduire de l'art. 21 CPJA - qui prévoit que la récusation doit intervenir d'office - que le droit de récuser pourrait être exercé sans limite de temps, et indépendamment des règles de la bonne foi. Au contraire, celui qui omet de se plaindre immédiatement de la prévention d'un magistrat et laisse le procès se dérouler sans intervenir voit son droit se périmé (ATF 134 I 20 consid. 4.3.1; 132 II 485 consid. 4.3 p. 496). Il s'agit là d'un principe général de procédure (FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Commentaire de la LTF, Berne 2009, ad art. 36 ch. 12) qui trouve pleine application en procédure administrative fribourgeoise. Tout au plus convient-il de réserver les cas dans lesquels la violation des règles sur la récusation est tellement grave que la décision viciée est nulle, cette nullité pouvant alors être relevée en tout temps.

En matière de marchés publics, le grief de pré-implication doit en principe, comme la récusation, être invoqué dès que le soumissionnaire a connaissance de cette pré-implication. Celui qui, malgré la connaissance d'une pareille situation, laisse se dérouler la procédure d'attribution du marché et attend pour agir de voir si l'adjudication lui est favorable contrevient aux règles élémentaires de la bonne foi. Il est alors forclos pour se plaindre de la pré-implication (BEZ 2009 n° 57; BEZ 2005 n° 5; BEZ 2003 n° 27; JAB 2005 p. 563; PETER GALLI, ANDRE MOSER, ELISABETH LANG, EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Bâle 2007, 2^{ème} éd., ch. 682 et ss). Ce devoir d'annonce des concurrents en matière de pré-implication constitue le pendant nécessaire des obligations d'information et de transparence de l'adjudicateur (CHRISTOPH JÄGER, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, Zurich 2009, p. 279).

Dans la mesure, toutefois, où il incombe en première ligne à l'adjudicateur d'assurer une passation du marché conforme aux règles sur les marchés publics et de sauvegarder l'intérêt public en corrigeant une éventuelle erreur, il convient de se montrer prudent avant d'admettre une péremption du droit de se prévaloir de la pré-implication d'un concurrent. Tout d'abord, à l'instar de la récusation, les violations très graves des dispositions sur les incompatibilités peuvent conduire à la nullité de la décision d'adjudication, nullité qui peut être constatée en tout temps (EGVSZ 2006 p. 184, JAB 2001 p. 284). Ensuite, même sans violation aussi grave des règles de procédure, il se justifie de montrer une certaine souplesse dans l'appréciation du comportement de celui qui se plaint d'une pré-implication illicite. Une péremption du droit d'invoquer ce grief n'entre en considération que si l'adjudicateur a respecté son devoir d'information et de transparence, en exposant clairement les faits qui permettraient aux soumissionnaires de se rendre compte facilement du genre et de l'importance de la participation d'un de leur concurrent dans le marché. Ce n'est en effet pas l'affaire des soumissionnaires de rechercher des motifs d'exclusion de leurs concurrents. La péremption ne doit être admise que là où l'on était en droit d'attendre des concurrents qu'ils agissent sans tarder et où leur inaction justifie un reproche (JÄGER, p. 280).

Dès l'instant où le devoir d'invoquer sans tarder le grief de pré-implication trouve son fondement dans le respect du principe de la bonne foi, il y a lieu, par analogie avec les règles sur la récusation, d'exiger du soumissionnaire concerné qu'il agisse dans les quelques jours qui suivent la connaissance du cas de pré-implication. Il ne peut pas attendre le prochain stade de procédure pour recourir contre le prononcé, mais doit se

manifester immédiatement en rendant l'adjudicateur attentif au problème qu'il estime avoir constaté. Cette constatation s'applique d'autant plus lorsque le prochain prononcé prévu dans la procédure est la décision finale d'adjudication. Admettre le contraire permettrait au soumissionnaire de mauvaise foi d'attendre le résultat de la procédure d'adjudication et de garder en réserve le grief de pré-implication pour le cas où il n'obtiendrait pas le marché. Pour éviter un tel comportement, il y a lieu d'exiger, pour le moins, que le soumissionnaire fasse part immédiatement de ses critiques à l'adjudicateur sous une forme reconnaissable par ce dernier (sur ces questions, JÄGER, p. 283).

c) Dans le cas particulier, il y a lieu d'emblée de constater qu'une nullité de la décision d'adjudication litigieuse n'entre pas en considération. Le litige porte sur l'appréciation de l'intensité du dialogue technique qui a eu lieu et pour lequel des informations complètes ont été données à tous les concurrents. Même si la commune devait s'être trompée dans cette appréciation, son erreur n'atteindrait pas un degré suffisant d'intensité pour entraîner la nullité de sa décision d'adjudication.

Reste donc à examiner si l'on était en droit d'attendre de la recourante qu'elle invoque le grief de pré-implication avant que ne tombe la décision d'adjudication.

d) A cet égard, il faut remarquer tout d'abord qu'au vu des questions qu'elle a posées à la commune, la recourante connaissait parfaitement le degré de participation de l'Atelier d'architecture A3 SA dans la préparation du projet mis en soumission avant même de recevoir les réponses à ses questions. Les réponses n'ont fait que confirmer ce qu'elle savait manifestement déjà.

Il apparaît ensuite que les réponses fournies le 28 février 2011 par la commune sont complètes et ont donné à tous les soumissionnaires une connaissance exacte du degré d'implication dans le projet du bureau d'architecture concerné. Sous cet angle, l'adjudicateur a correctement rempli son obligation d'information et de transparence. A réception de la dite réponse, chaque soumissionnaire pouvait se faire une image claire de la situation et disposait de tous les renseignements nécessaires pour faire valoir sans tarder un éventuel cas de pré-implication illicite. Pendant du devoir d'information et de transparence de l'adjudicateur, le devoir d'invoquer sans retard le grief de pré-implication illicite est donc en l'espèce pleinement opposable aux soumissionnaires.

La recourante n'a pas réagi, cependant, aux renseignements fournis par la commune et a attendu de recourir contre la décision d'adjudication par acte du 6 avril 2011 avant de soulever pour la première fois le grief de pré-implication de l'adjudicataire. Un tel comportement est contraire à la bonne foi et le retard mis dans l'invocation du grief est inexcusable. Du moment que le retard n'est pas imputable à un défaut d'information et de transparence de l'adjudicateur, la recourante est forclosée pour invoquer ce grief.

e) Compte tenu de cette situation, il est inutile d'examiner si la pré-implication invoquée entrait encore dans la définition d'un dialogue technique et si l'importance des travaux préalables effectués par l'adjudicataire dépassait en intensité ce qui était admissible. Peu importe que, dans la décision attaquée, le préfet se soit prononcé à ce sujet dans le cadre d'une motivation subsidiaire.

3. a) En matière communale, la récusation est régie par des normes spéciales de la loi sur les communes, qui dérogent en partie aux règles générales du CPJA. Cela étant, le principe énoncé à l'art. 22 al. 2 CPJA demeure valable, de sorte que, comme il a déjà été

dit précédemment, celui qui entend demander la récusation doit formuler sa requête dès qu'il a connaissance du cas de récusation.

b) En l'occurrence, la recourante a appris le 28 février 2011 que le conseiller communal Yves Grandjean était récusé et qu'il ne représentait pas la commune dans cette affaire. On ne voit pas dès lors quel est le sens du grief de violation des règles sur la récusation que la recourante invoque dans son recours. Aucun indice au dossier ne laisse supposer que, contrairement aux informations données, l'intéressé serait intervenu dans la procédure de marché public litigieuse. La recourante n'en indique aucun. Si le grief de cette dernière doit être compris comme une critique de l'intervention du conseiller communal dans la préparation du dossier antérieure à la procédure de marché public et à la récusation, il y a lieu de constater tout d'abord qu'il est tardif puisqu'elle connaissait parfaitement la situation et aurait dû agir au moins dès la parution de l'appel d'offres. De plus, sur le fond, dans la mesure où ce conseiller communal est en charge du dicastère des constructions, il est évident qu'il a participé aux travaux préalables qui ont finalement conduit à la procédure de passation du marché et qui ont débuté dès 2007. Cette situation, parfaitement normale dans une commune, ne pose pas de problème particulier de récusation dès l'instant où elle n'a pas eu d'influence sur la décision d'adjudication litigieuse, puisque, précisément, la personne récusée n'a pas participé en qualité de conseiller communal à la phase ressortant du marché public. Au stade des études préalables, la perspective que son bureau d'architecte puisse en fin de compte obtenir le mandat n'était qu'une éventualité qui, pour se concrétiser, devait nécessairement passer par une décision souveraine du conseil communal rendue au terme d'une procédure particulière à laquelle Yves Grandjean n'a pas participé. Il n'y a donc pas de violation du devoir de récusation dans le comportement du conseiller communal.

c) S'agissant de la récusation de Vincent Accarisi, il faut constater que la recourante a su dès réception de la réponse de l'adjudicateur du 28 février 2011 que ce collaborateur de la commune était chargé de mener la procédure d'adjudication. Les initiales en signature du document en attestent. Dans la mesure où les relations de cette personne avec Yves Grandjean étaient manifestement connues de la recourante, celle-ci devait faire valoir immédiatement son grief de récusation. Ayant tardé à agir, elle est forclosée pour s'en plaindre.

4. Mal fondé, le recours doit être rejeté. L'affaire étant ainsi tranchée sur le fond, la demande d'effet suspensif est devenue sans objet.

Il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure (art. 131 CPJA).

Il lui appartient également de verser une indemnité de partie à l'adjudicataire qui a fait appel à un avocat pour défendre ses intérêts (art. 137 CPJA). Au vu de la liste de frais produite, il se justifie de fixer cette indemnité ex aequo et bono à 6'500 francs, TVA comprise.

En revanche, il n'y a pas lieu d'allouer une telle indemnité à la Commune de Bulle qui disposait des capacités pour répondre au recours sans l'aide d'un mandataire extérieur (art. 139 CPJA).

l a C o u r a r r ê t e :

- I. Le recours est rejeté.
- II. Les frais de procédure, par 2'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ils sont prélevés sur l'avance de frais qui a été effectuée et dont le solde (500 francs) est restitué.
- III. Un montant de 6'500 francs (TVA comprise) à verser à Me Maillard à titre d'indemnité de partie est mis à la charge de la recourante.

Dans la mesure où elle devait poser 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 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).

210.4.4 Pré-implication