POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN
ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG

Rue des Augustins 3, case postale 630, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00

www.fr.ch/tc

602 2024 96
602 2024 98

Arrêt du 15 novembre 2024

IIe Cour administrative

Composition	Président :	Johannes Frölicher
	Juges :	Dominique Gross, Vanessa Thalmann
	Greffière-rapporteure :	Maude Roy Gigon

Parties

A._____ SA, recourante, représentée par Mes Markus Schott et Adam Zaki, avocats

contre

DIRECTION DES FINANCES DE L'ETAT DE FRIBOURG, autorité intimée

B._____ SA, intimée

Objet

Marchés publics

Recours du 26 juin 2024 contre la décision du 28 mai 2024 (602 2024 96) et requête d'octroi de l'effet suspensif du même jour (602 2024 98)

considérant en fait

A. Au printemps 2024, la Direction des Finances du canton de Fribourg (DFIN) - par le biais du Service de l'informatique et des télécommunications (SITel) qui s'est vu déléguer l'organisation de l'appel d'offres public (AOP) - a lancé sur la plateforme SIMAP un appel d'offres en procédure ouverte portant sur le marché de services relatif au projet de renouvellement et évolution du Security Operating Center (SOC) pour une durée de 66 mois, avec une année additionnelle en option.

Cinq offres ont été déposées dans le délai, dont celle de la société A._____ SA (cf. procès-verbal d'ouverture des offres du 6 mai 2024).

B. Par décision du 28 mai 2024, la DFIN a attribué le marché public en cause à la société B._____ SA. D'après le tableau d'évaluation des offres, celle de l'adjudicataire s'élevait à CHF 1'114'835.30 et celle de A._____ SA à CHF 2'793'206.71, "*prix de mise en place*" inclus. La première a obtenu une note finale de 4,09 sur 5 et la seconde 4,00.

C. Par mémoire du 26 juin 2024, A._____ SA (qui appartient à la société C._____ SA) recourt contre cette décision d'adjudication auprès du Tribunal cantonal (602 2024 96), en concluant – sous suite de frais et dépens – à son annulation et, principalement, à ce que le marché en question lui soit adjugé; subsidiairement, à ce que la cause soit renvoyée à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants; plus subsidiairement, à ce qu'ordre soit donné à l'autorité intimée de réintégrer son offre et de l'évaluer aux fins de déterminer si elle constitue la meilleure offre; encore plus subsidiairement, à ce que le caractère illicite de la décision attaquée soit constaté. Elle requiert également l'octroi de l'effet suspensif à titre de mesure provisionnelle urgente (602 2024 97) et de mesure provisionnelle (602 2024 98).

A l'appui de ses conclusions, la recourante invoque en substance un abus du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur, une violation du principe de l'égalité de traitement ainsi qu'une violation de l'obligation d'interpeller le soumissionnaire qui présente une offre dont le prix paraît anormalement bas. Elle conteste la manière dont l'autorité intimée a apprécié les indications fournies pour le sous-critère n°1.1 "*prix de mise en place*" et la note qui lui a été attribuée pour celui-ci.

Ayant décidé de faire un effort commercial et de ne pas facturer le sous-critère n°1.1 "*prix de mise en place*" d'une valeur de CHF 117'731.71 (TVA inclue) selon son offre, la recourante conteste plus particulièrement le fait que l'autorité intimée se soit néanmoins basée sur la valeur annoncée pour cette prestation afin de noter ce sous-critère. Elle estime qu'avec des coûts fixes de mise en place de CHF 0.- (en raison du geste commercial accordé), son offre aurait dû obtenir une note de 5 sur 5 (et non 1,9) pour ce sous-critère, ce qui lui aurait permis d'obtenir une note finale de 4,19 et de décrocher le marché. La recourante soutient qu'il y a eu un abus du pouvoir d'appréciation de la part de l'autorité intimée ainsi qu'une discrimination inadmissible entre soumissionnaires, soit une violation du principe d'égalité de traitement. Elle affirme par ailleurs que le pouvoir adjudicateur aurait dû l'interpeller au sujet du prix de mise en place indiqué afin de vérifier avec elle le prix qu'il y avait *in fine* lieu de retenir.

D. Par mesure provisionnelle urgente du 27 juin 2024 (602 2024 97), la Juge déléguée à l'instruction a interdit toute mesure d'exécution de la décision d'adjudication (en particulier la conclusion du contrat) jusqu'à droit connu sur la demande d'octroi de l'effet suspensif.

E. Dans ses observations du 14 août 2024, l'autorité intimée conclut, sous suite de frais et dépens, d'une part au rejet de la requête d'effet suspensif et, d'autre part, principalement à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

L'autorité intimée estime tout d'abord que le recours est tardif et par conséquent irrecevable.

Sur le fond, elle relève en substance ce qui suit. Ainsi qu'elle en avait la possibilité (et après avoir recueilli l'avis du Professeur D._____ sur la question), elle a choisi d'imposer à tous les soumissionnaires d'indiquer un "*prix de mise en place*", afin d'assurer une égalité de traitement entre toutes les offres, en particulier vis-à-vis du fournisseur actuel, lequel bénéficie déjà de l'infrastructure nécessaire. Cette obligation a été clairement annoncée et expliquée dans le dossier d'appel d'offres. La clause rendant obligatoire l'indication d'un "*prix de mise en place*", même fictif, est une clause spécifique primant sur la clause standard autorisant les rabais. Le pouvoir adjudicateur n'avait aucune marge de manœuvre quant à la manière d'évaluer les offres sur ce point. Ainsi, même si la recourante a décidé d'accorder un geste commercial de -100% sur le "*prix de mise en place*", il était nécessaire d'évaluer le sous-critère correspondant en prenant en considération la valeur communiquée par la recourante pour cette prestation. A défaut, cela aurait conduit à une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement. L'autorité intimée conteste par ailleurs qu'il s'agisse d'un cas où il y avait obligation d'interpeller le soumissionnaire ayant présenté une offre anormalement basse.

Également invitée à se prononcer sur le recours, la société adjudicataire n'a pas répondu.

F. Dans ses contre-observations du 23 septembre 2024, la recourante maintient ses conclusions et reprend l'argumentation développée dans son recours. Elle soutient en outre que la prise en considération d'un montant fictif pour le "*prix de mise en place*" est illicite; que l'autorité intimée a favorisé le fournisseur actuel en lui permettant d'indiquer un montant fictif pour ce sous-critère. Elle produit un avis de droit qu'elle a sollicité auprès du Professeur E._____ – lequel porte, tout comme celui du Professeur D._____, sur la question des procédés envisageables pour équilibrer la concurrence entre les soumissionnaires et plus particulièrement sur l'admissibilité de coûts fictifs. La recourante relève en outre qu'en ne tenant pas compte de son geste commercial de -100% pour le sous-critère n° 1.1, l'autorité intimée a voulu "*sélectionner l'offre la moins coûteuse dans une perspective à court terme*".

Dans sa détermination du 23 octobre 2024, l'autorité intimée conteste intégralement le contenu des contre-observations de la recourante et maintient que l'appel d'offres en cause et son appréciation ont été réalisés conformément aux règles de droit des marchés publics. Elle confirme ses observations du 14 août 2024. Elle invoque par ailleurs le caractère tardif des nouveaux griefs et moyen de preuve de la recourante quant à la prétendue illicéité du prix fictif de mise en place – y compris l'avis de droit produit par cette dernière – et la critique relative à la pondération accordée au critère des conditions financières. Elle prend des conclusions formelles tendant à ce que ceux-ci soient déclarés irrecevables et écartés du dossier.

Par détermination spontanée du 4 novembre 2024, la recourante conteste avoir soulevé de nouveaux griefs dans ses contre-observations du 23 septembre 2024. Elle affirme avoir précisé des motifs figurant déjà dans son recours. Elle relève au demeurant que la présente cause est soumise à la maxime d'office de sorte que l'autorité établit les faits et applique le droit d'office. Elle en déduit que ses griefs ne peuvent pas être écartés au motif qu'ils seraient tardifs. Pour le reste, elle maintient ses raisonnements et conclusions.

G. Il sera fait état des arguments développés par les parties à l'appui de leurs conclusions dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

en droit

1.

1.1. La procédure ayant été lancée après l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2023, de la nouvelle législation fribourgeoise sur les marchés publics – soit l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019; RSF 122.91.3), la loi cantonale du 2 février 2022 sur les marchés publics (LCMP; RSF 122.91.1) et le règlement cantonal du 12 décembre 2022 sur les marchés publics (RCMP; RSF 122.91.21) –, il y a lieu d'appliquer les règles découlant du nouveau droit.

1.2. L'autorité intimée soutient que le recours serait tardif et par conséquent irrecevable. Elle affirme que le délai de recours a commencé à courir le 5 juin 2024, date du dépôt de l'avis de retrait dans la case postale de la recourante. Elle soutient que cette dernière a adopté un comportement constitutif d'un abus de droit en ne retirant pas l'envoi recommandé contenant la décision le jour-même. Elle relève également qu'il appartenait à la recourante de veiller à ce que son adresse soit correcte, à jour et correctement indiquée/affichée sur sa boîte ou case postale.

Selon l'art. 56 al. 1 AIMP 2019, le délai pour interjeter recours est de 20 jours à compter de la notification de la décision. D'après l'art. 18 al. 1 LCMP, l'adjudicateur notifie ses décisions aux soumissionnaires par notification individuelle, à l'exception des appels d'offres et des adjudications de gré à gré au sens de l'art. 21 al. 2 AIMP 2019, qu'il notifie par publication.

De jurisprudence constante, lorsque le destinataire d'un envoi recommandé n'est pas atteint et qu'un avis de retrait est déposé dans sa boîte aux lettres ou dans sa case postale, cet envoi est considéré comme notifié au moment où il est retiré. Si le retrait n'a pas lieu dans le délai de garde de sept jours, l'envoi est réputé notifié le dernier jour de ce délai (fiction de la notification), y compris lorsque la Poste conserve l'envoi pendant un délai plus long que sept jours, en raison notamment d'un ordre donné en ce sens par le destinataire (ATF 141 II 429 consid. 3.1; 134 V 49 consid. 4; 127 I 31 consid. 2a). La fiction de la notification est opposable au justiciable si celui-ci devait s'attendre, avec une certaine vraisemblance, à recevoir une communication des autorités, ce qui est en principe le cas dès qu'il est partie à une procédure pendante (cf. ATF 146 IV 30 consid. 1.1.2; 141 II 429 consid. 3.1; 139 V 228 consid. 1.1; 138 III 225 consid. 3.1; 134 V 49 consid. 4; 130 III 396 consid. 1.2.3; 127 I 31 consid. 2a). Selon l'art. 27 al. 1 du code cantonal du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1), le délai de sept jours commence à courir le lendemain de la tentative infructueuse de distribution (arrêts TC FR 602 2014 78 du 7 octobre 2014 et ATA 2A 07 48 du 2 octobre 2007).

En l'espèce, la décision attaquée a été rendue le 28 mai 2024 et envoyée à la recourante par courrier recommandé le 3 juin 2024.

Selon le suivi des envois de la Poste, le pli est arrivé à l'office de retrait/office de distribution le 4 juin 2024. Un avis de retrait a été déposé dans la case postale de la recourante le 5 juin 2024. Ce

suivi mentionne ensuite "distribué au guichet" le lundi 10 juin 2024, puis "retourné conformément aux instructions" le mardi 11 juin 2024. L'envoi a finalement été "distribué via case postale" à son expéditeur le 13 juin 2024.

La recourante conteste ce qui figure sur ce suivi. Elle affirme (sans toutefois produire la pièce N°14 à laquelle elle se réfère) que l'avis de retrait n'a pas été déposé dans sa case postale et que l'envoi recommandé a été retourné à son expéditeur en raison d'une erreur de la Poste, qui aurait considéré – à tort – que le destinataire était introuvable à l'adresse indiquée.

La publication de la décision d'adjudication sur la plateforme SIMAP est quant à elle intervenue le fff.

Contrairement à ce que soutient l'autorité intimée et conformément à la jurisprudence précitée, si l'envoi recommandé n'est pas distribué à son destinataire le jour-même du dépôt de l'avis de retrait, en l'occurrence le 5 juin 2024, rien ne permet de retenir que la notification serait néanmoins intervenue ce jour-là. Le fait que la recourante doive s'attendre à ce qu'une décision lui soit notifiée n'y change rien, dès lors qu'il s'agissait d'un envoi recommandé et que le pli n'est pas arrivé dans sa sphère de connaissance ce jour-là (seul un avis de retrait ayant été déposé dans la case postale). De même, on ne voit pas en quoi le fait de ne pas retirer un envoi recommandé le jour-même du dépôt de l'avis de retrait dans la case postale serait constitutif d'un abus de droit ou contraire à la bonne foi, dès lors qu'un délai de garde de sept jours est prévu à cet effet. A noter que la jurisprudence retient par ailleurs que le risque d'une éventuelle erreur de distribution de la Poste est imputable à l'expéditeur et non au destinataire (cf. arrêt TF 4A_182/2017 du 8 juin 2017 consid. 3.1).

Pour mémoire, la recourante a introduit son recours le 26 juin 2024. La question de savoir si la décision attaquée a été notifiée le 10 juin 2024, comme cela ressort du suivi de la Poste, ou si, comme la recourante le soutient, la Poste a retourné cet envoi sans qu'elle ne puisse prendre connaissance de son contenu, peut rester ouverte, dès lors que le délai de recours de 20 jours est respecté même en retenant l'hypothèse la moins favorable à la recourante. A noter qu'il en serait de même s'il fallait considérer que la notification est intervenue le fff, date de la publication de la décision d'adjudication sur la plateforme SIMAP, le délai ne commençant à courir que le lendemain de l'événement qui le déclenche (cf. art. 27 CPJA).

Le recours a partant bien été déposé dans le respect du délai.

1.3. Par ailleurs introduit dans les formes prescrites, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 19 al. 1 LCMP en lien avec les art. 52 al. 1 et 53 al. 1 let. e AIMP 2019.

Du moment que l'offre de la recourante vient en seconde position dans l'appréciation des soumissions – avec un faible écart –, on doit admettre qu'elle a en principe qualité pour agir (ATF 141 II 14 consid. 4). L'admission de ses griefs pourrait théoriquement conduire à une adjudication en sa faveur.

L'avance de frais ayant été versée dans le délai imparti, le Tribunal cantonal peut donc entrer en matière sur les mérites du recours.

1.4. Selon l'art. 56 al. 3 AIMP 2019, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). L'opportunité d'une décision ne peut être examinée dans le cadre d'une procédure de recours (art. 56 al. 4 AIMP 2019).

Selon la jurisprudence, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande latitude de jugement pour apprécier et comparer les offres en lice lors de l'attribution d'un marché (cf. ATF 125 II 86 consid. 6; arrêt TF 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.4). La Cour de céans n'étant pas habilitée à revoir l'opportunité de la décision, une correction des notes ou des points obtenus ne peut être envisagée qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (cf. arrêts TAF B-487/2020 du 29 octobre 2020 consid. 5.1 et les réf. cit.; B-396/2018 du 19 février 2019 consid. 5.4); il y a en tous les cas lieu de faire preuve d'une retenue particulière puisqu'une telle opération suppose le plus souvent des connaissances techniques et qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres soumises (cf. POLTIER, Droit des marchés publics, 2ème éd. 2023, p. 403). En outre, l'art. 96*a* CPJA impose à l'autorité de recours d'examiner avec retenue les décisions d'une autorité à laquelle la législation accorde une large marge d'appréciation.

2.

En l'espèce, les documents d'appel d'offres prévoient que les soumissionnaires sont évalués sur la base des trois critères d'adjudication suivants: 1) les conditions financières pour le produit/licences/support; 2) la qualité du soumissionnaire; et 3) le développement durable. Ces trois critères sont composés de sous-critères dont les intitulés et pondérations sont récapitulés dans le tableau suivant (cf. fascicule 3, p. 3):

No.	Critères	Pondération absolue	Sous-critères	Pondération		
				Relative		Absolue
1	Conditions financières pour le produit/licences/support	30%	Prix de mise en place (1.1)	20%		6%
			Prix de référence annuel de l'abonnement SOC/SIEM (1.2)	50%		15%
			Prix fixés pour le support (1.3)	30%		9%
2	Qualité du soumissionnaire	65%	Profil et pérennité (2.1)	20%		13%
			Références clients (2.2)	10%		6.5%
			Qualité de l'offre (2.3)	10%		6.5%
			Cahier des charges (2.4, fascicule 4)	Exigences fonctionnelles	20%	13%
				Exigences techniques	20%	13%
				Exigences supplémentaires	20%	13%
3	Développement durable	5%		100%		5%
Total		**100%**				**100%**

Les documents d'appel d'offres précisent que le barème des notes appliqué aux sous-critères va de 0 à 5 (0 constituant la plus mauvaise note et 5 la meilleure). Les appréciations générales déterminant chaque note ont été définies comme suit (cf. fascicule 3, p. 8):

Note	Appréciation	Description
5	Très bon / très intéressant	Soumissionnaire qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un (sous-)critère fixé, dont le contenu répond aux attentes avec beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres soumissionnaires, ceci sans tomber dans la sur-qualité ou la surqualification. Il n'a formulé aucune réserve.
4	Bon et avantageux	Soumissionnaire qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un (sous-)critère fixé, dont le contenu répond aux attentes et qui présente quelques avantages particuliers par rapport aux autres soumissionnaires, ceci sans tomber dans la sur-qualité ou la surqualification. Il a formulé une réserve qualifiée de mineure.
3	Suffisant	Soumissionnaire qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un (sous-)critère fixé et dont le contenu répond aux attentes minimales, mais qui ne présente aucun avantage particulier par rapport aux autres soumissionnaires. Il a formulé plusieurs réserves qualifiées de mineures.
2	Partiellement suffisant	Soumissionnaire qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un (sous-)critère fixé, mais dont le contenu ne répond que partiellement aux attentes. Il a formulé une réserve qualifiée de majeure
1	Insuffisant	Soumissionnaire qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un (sous-)critère fixé, mais dont le contenu ne répond pas aux attentes. Il a formulé deux réserves qualifiées de majeures.
0	Totalement insuffisant	Soumissionnaire qui n'a pas fourni l'information ou le document non éliminatoire demandé par rapport à un critère fixé. Il a formulé plusieurs réserves qualifiées de majeures.

S'agissant du critère d'adjudication n° 1 relatif aux conditions financières pour le produit/licence/support, les documents d'appel d'offres prévoient que les sous-critères y relatifs sont évalués selon la méthode de calcul suivante (cf. fascicule 3, p. 4):

$$\text{Note offre}_x = \frac{\text{Coût offre}_{min}}{\text{Coût offre}_x} \times 5$$

Avec :

Coût offre min = montant de l'offre la plus avantageuse
Coût offre x = montant de l'offre concernée

3.

La recourante soulève (dans ses contre-observations) que la prise en compte d'un montant fictif pour le sous-critère 1.1 "*prix de mise en place*" de l'offre du fournisseur actuel est illicite.

3.1. Selon l'art. 53 al. 2 AIMP 2019, les prescriptions contenues dans les documents d'appel d'offres dont l'importance est identifiable ne peuvent être contestées que dans le cadre d'un recours contre l'appel d'offres.

Selon la jurisprudence, les objections contre l'appel d'offres doivent être soulevées directement et ne peuvent pas être critiquées à un stade ultérieur de la procédure (arrêt TF 2C_1055/2022 du

21 juillet 2023 consid 1.5; ATF 143 II 553 consid. 7.7, 141 II 353 consid. 8.2.3 et 130 I 241 consid. 4). Cela étant, le soumissionnaire qui n'a pas pu obtenir les documents d'appel d'offres avant l'expiration du délai de recours contre l'appel d'offres a la possibilité de soulever un grief contre les documents d'appel d'offres même dans la procédure qui suit l'adjudication du marché. De même, une contestation de l'appel d'offres est également possible dans la procédure de recours subséquente contre la décision d'adjudication ou d'exclusion si, selon les règles de la bonne foi, un soumissionnaire n'a pas été en mesure de déceler l'irrégularité de l'appel d'offres ou de ses documents, même en faisant preuve de l'attention requise. En tout état de cause, on ne peut pas exiger d'un soumissionnaire qu'il soumette l'appel d'offres et les documents y relatifs à un examen juridique approfondi. L'exclusion des voies de droit est limitée aux irrégularités claires ou manifestes (cf. arrêts TC LU 7H 23 252 du 2 mai 2023 consid. 4.2 et références citées; TC GR U 23 54 du 24 octobre 2023 consid. 1.5 et références citées; TC AG WBE.2023.371/MW/jb du 21 décembre 2023 consid. 4.2.5 et références citées). En outre, même s'il n'a pas l'obligation de saisir immédiatement le juge, le soumissionnaire qui constate une irrégularité dans le déroulement de la procédure d'appel d'offres est tenu, en principe, de la signaler sans attendre à l'adjudicateur, au risque d'adopter un comportement contraire aux principes de la bonne foi et de la sécurité du droit (RDAF 2023 I p. 89 et références citées; arrêt TC FR 602 2017 83 du 15 janvier 2018 et références citées).

3.2. En l'espèce, l'intitulé du sous-critère 1.1 déjà – "*prix de mise en place*" – montre explicitement que l'offre devra comprendre le prix de mise en place de l'infrastructure. Les documents d'appel d'offres, lesquels font partie intégrante du dossier de l'appel d'offres et étaient consultables (notamment via la plateforme SIMAP) dès la publication de l'appel d'offres le fff (cf. ch. 3.9 de l'appel d'offres), exposent en outre ce qui suit (cf. fascicule 3, p. 4):

"*Les prix doivent impérativement être indiqués au moyen du cahier de réponse (cf. fascicule 6). Les montants doivent être indiqués* ***de bonne foi****, en francs suisses, TVA et toute autre taxe applicable incluses (TTC).*

Pour la mise en place du SOC, le soumissionnaire doit communiquer le montant TTC incluant les éléments suivants :

- *Les coûts liés au déploiement y compris, les modifications à apporter aux 9'000 postes et 2'000 serveurs (environ), la mise en place de sondes utiles à couvrir les exigences techniques.*
- *Le coût de mise en place du SOC sera détaillé par phase. Il est obligatoire de chiffrer toutes les étapes de la mise en place du SOC, mêmes celles optionnelles.*
  - *Gestion du projet de mise en place*
  - *Analyse du contexte et définition de la cible*
  - *Conception détaillée de la solution et du service 24/7*
  - *Définition de l'architecture*
  - *Mise en place des outils, des processus de surveillance et des paramétrages des alertes*
  - *Mise en place de rapports indiquant au SITel l'état d'avancement*

Pour respecter les principes fondamentaux listés à l'art. 2 AIMP en matière de marchés publics tels que le principe de la transparence, de l'égalité de traitement, de la non-discrimination et de la concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires, l'adjudicateur a décidé d'imposer un coût de mise en place à tous les soumissionnaires, y compris au fournisseur actuel du SOC.

Le fournisseur actuel du SOC dispose déjà de l'infrastructure nécessaire. Par conséquent, aucun coût de mise en place ne sera en réalité engendré s'il devait être l'adjudicataire du présent marché. Il doit ainsi fournir un

montant fictif pour la mise en place du système, tandis que les autres soumissionnaires devront fournir un montant réel, qui devra effectivement être payé par l'adjudicateur si le fournisseur actuel n'était pas choisi.

Afin de respecter plus particulièrement ***l'égalité de traitement entre le fournisseur actuel du SOC et les soumissionnaires****, un prix de mise en place est obligatoire, tant pour le fournisseur actuel du SOC, que pour les autres soumissionnaires*".

Le texte du chapitre dédié au sous-critère 1.1 "*prix de mise en place*" reproduit ci-dessus est rédigé de manière claire et précise. Il contient par ailleurs des passages en gras/souligné, ce qui attire l'attention. A sa lecture, la recourante devait d'emblée comprendre que chaque soumissionnaire avait l'obligation de communiquer un prix de mise en place dans son offre et que le fournisseur actuel du SOC – qui n'aurait pas à faire face à autant de coûts que les autres soumissionnaires s'il devait obtenir l'adjudication du marché – devait néanmoins lui aussi indiquer un prix – en l'occurrence fictif – englobant les différents éléments listés pour la mise en place du système.

La recourante ne prétend pas qu'elle n'avait pas saisi cette prescription au moment où l'appel d'offres a été publié, ni qu'elle ne l'aurait comprise qu'au cours de la présente procédure. Au contraire, elle indique dans son recours avoir établi son offre en respectant les consignes précitées, qu'elle a d'ailleurs elle-même rappelées (cf. notamment ch. 75, p. 18 du recours).

Ce n'est néanmoins que dans ses contre-observations du 23 septembre 2024 que la recourante critique pour la première fois les prescriptions posées pour le sous-critère du "*prix de mise en place*", plus particulièrement le fait qu'un seul soumissionnaire – à savoir le fournisseur actuel – ait la possibilité d'indiquer des coûts fictifs dans son offre.

Or, si la recourante entendait contester les prescriptions arrêtées pour ce sous-critère d'adjudication dans la documentation d'appel d'offres, elle aurait dû soulever ce grief au stade de l'appel d'offres déjà. Faute d'avoir recouru à ce moment-là, elle ne peut plus contester ce point avec la décision d'adjudication par le biais de ses contre-observations. Partant, en tant qu'il est dirigé contre l'appel d'offres dûment entré en force, son grief est tardif et n'a pas à être examiné plus avant (cf. art. 53 al. 2 AIMP 2019).

4.

Toujours s'agissant du sous-critère 1.1 "*prix de mise en place*", la recourante soutient que l'autorité intimée a laissé au fournisseur actuel le libre choix du montant à indiquer; que contrairement à ce qui prévaut pour les autres soumissionnaires, cette dernière n'a pas donné d'instructions quant à la manière de chiffrer le "*prix de mise en place*" fictif du fournisseur actuel; qu'en procédant ainsi, l'autorité intimée a octroyé un avantage concurrentiel à celui-ci, en violation du principe d'égalité de traitement.

On peut se demander si ce grief n'aurait pas dû lui aussi être soulevé par le biais d'un recours contre l'appel d'offres et s'il doit dès lors être qualifié de tardif. Cette question peut toutefois rester ouverte dès lors que ce grief est de toute manière mal fondé. En effet, le chapitre dédié au sous-critère 1.1 "*prix de mise en place*" figurant dans les documents d'appel d'offres et reproduit ci-dessus (cf. consid.3.2) indique expressément que les prix doivent être communiqués "*de bonne foi*". Il liste par ailleurs clairement les éléments devant être inclus dans le prix. Il découle de la formulation utilisée que le fournisseur actuel devait fixer son prix de mise en place – certes fictif – sur la base des mêmes exigences que les autres soumissionnaires. Ainsi et contrairement à ce que soutient la recourante, il n'y a là pas de violation du principe d'égalité de traitement.

5.

La recourante conteste la manière dont l'autorité intimée a évalué son offre pour le sous-critère 1.1 "*prix de mise en place*". Elle considère que l'autorité adjudicatrice aurait dû tenir compte de son geste commercial pour évaluer ce sous-critère, autrement dit que celle-ci aurait dû prendre en considération le prix effectif de CHF 0.- ressortant de son offre, et non la valeur annoncée pour cette prestation. Elle estime que cela aurait dû lui permettre d'obtenir la note de 5 sur 5 pour ce sous-critère et que le fournisseur actuel aurait quant à lui forcément dû obtenir une note inférieure.

5.1. Selon la jurisprudence, les prescriptions ressortant de la documentation d'appel d'offres doivent être interprétées au regard du principe de la confiance. Parmi plusieurs interprétations possibles, l'autorité judiciaire ne doit pas choisir celle qui lui paraît la plus appropriée, mais délimiter les frontières de ce qui est juridiquement admissible. Lorsque l'interprétation défendue par l'autorité adjudicatrice est tout aussi défendable que celle de la recourante, il convient de lui donner la préférence, compte tenu de la marge d'appréciation ou d'évaluation dont dispose l'adjudicateur (ATF 141 II 14 consid. 7 et références citées).

5.2. En l'espèce, l'offre fournie par la recourante reprend les différents éléments listés dans les documents d'appel d'offres pour la fixation du "*prix de mise en place*". La valeur totale de cette prestation est chiffrée à hauteur de CHF 117'731.71 (TVA inclue). La recourante a néanmoins indiqué consentir un geste commercial de -100% sur ce montant, ce qui conduit à un prix de mise en place effectif de CHF 0.-. Cette partie de l'offre se présente comme suit:

Critère	Service	Prix total (TVA exclue)	Prix total (TVA inclue)
(1.1) Prix de mise en place		0 CHF	0 CHF
Geste commercial (-100%)		**-108'910.00 CHF**	**-117'731.71 CHF**
	Mise en place du SOC (MS Sentinel + Defender XDR) Les activités de mise en place sont répartis entre chaque phase de la manière suivante : - Gestion du projet de mise en place (20%) - Analyse du contexte et définition de la cible (10%) - Conception détaillée de la solution et du service 24/7 (10%) - Définition de l'architecture (10%) - Mise en place des outils, des processus de surveillance et des paramétrages des alertes (40%) - Mise en place de rapports indiquant au SITel l'état d'avancement (10%)	108'910.00 CHF	117'731.71 CHF

S'il est exact que le fascicule 2 de la documentation d'appel d'offres – lequel traite des dispositions administratives – évoque la possibilité pour les soumissionnaires d'accorder des rabais (cf. chapitre 1.10), il n'en demeure pas moins que les prescriptions relatives au "*prix de mise en place*" figurant dans le fascicule 3 – qui traite des critères d'adjudication – énoncent expressément que "*pour respecter les principes fondamentaux listés à l'art. 2 AIMP en matière de marchés publics tels que le principe de la transparence, de l'égalité de traitement, de la non-discrimination et de la concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires, l'adjudicateur a décidé d'imposer un coût de mise en place à tous les soumissionnaires, y compris au fournisseur actuel du SOC* […].

*Afin de respecter plus particulièrement **l'égalité de traitement entre le fournisseur actuel du SOC et les soumissionnaires**, un prix de mise en place est obligatoire, tant pour le fournisseur actuel du SOC, que pour les autres soumissionnaires".*

La question est dès lors de savoir si, comme le soutient la recourante, celle-ci pouvait partir du principe que ce sous-critère du "*prix de mise en place*" serait évalué en tenant compte de son geste commercial et donc du prix de CHF 0.- (ce qui lui assurait une note de 5/5) ou si au contraire, comme le défend l'autorité intimée, un prix de CHF 0.- n'était pas admissible dès lors qu'il était obligatoire d'indiquer un prix "*de bonne foi*", raison pour laquelle l'évaluation a été effectuée sur la base de la valeur annoncée pour cette prestation (comme cela a été fait pour le fournisseur actuel qui a été contraint de communiquer un prix fictif).

A l'examen des prescriptions ressortant de la documentation d'appel d'offres et de la structure de celle-ci, le raisonnement de l'autorité intimée est parfaitement défendable. Il est en effet convaincant que les dispositions relatives au sous-critère d'adjudication 1.1 – lesquelles exigent (avec des passages en caractères gras) la fourniture d'un prix de mise en place de "*bonne foi*" – doivent être comprises comme des dispositions spéciales prévalant sur les dispositions administratives générales. Le but – expressément annoncé – était de pouvoir comparer les "*prix de mise en place*" des différents soumissionnaires, y compris du fournisseur actuel (qui était tenu de communiquer un prix "*fictif*" englobant les éléments listés afin de ne pas être avantagé par rapport aux autres), autrement dit d'assurer une égalité de traitement entre les différents soumissionnaires.

L'interprétation de la recourante ne peut en revanche pas être suivie. D'une part, indiquer un prix de CHF 0.- pour le "*prix de mise en place*" revient à ne pas indiquer de prix, alors que chacun des soumissionnaires a l'obligation expresse d'en fournir un "*de bonne foi*". D'autre part et surtout, le fait de pouvoir se faire évaluer sur la base d'un prix de CHF 0.- (grâce au geste commercial de -100% accordé) conduirait à une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement, en particulier vis-à-vis du fournisseur actuel qui n'a pas cette possibilité. Ce dernier est en effet contraint de mentionner un prix fictif de mise en place et d'être évalué sur cette base, alors qu'il n'encaissera pas le montant correspondant en cas d'adjudication. Or, tel que cela ressort expressément du fascicule traitant des conditions d'adjudication, en fixant les critères y relatifs, l'autorité intimée entendait précisément éviter une inégalité de traitement – quelle qu'elle soit – entre soumissionnaires. En tout état de cause, il est douteux qu'un geste commercial de -100% (qui revient au final à une donation) rentre encore dans la notion de "rabais".

En outre et contrairement à ce que semble soutenir la recourante, la liberté économique n'est pas absolue. Elle trouve ses limites dans les prescriptions posées par l'autorité adjudicatrice dans la documentation d'appel d'offres. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les offres inférieures au prix de revient ne sont pas irrecevables en tant que telles, toutefois tant que le soumissionnaire remplit tout de même les critères de qualification et les conditions d'adjudication (ATF 143 II 553 consid. 7.1). Or, ce n'est pas le cas ici puisque l'autorité intimée avait expressément exigé que chaque soumissionnaire fournisse un "*prix de mise en place*". La jurisprudence évoquée par la recourante (cf. ch. 77 du recours) ne lui est d'aucun secours sur ce point, puisqu'elle concerne un cas où les prescriptions de l'appel d'offres n'exigeaient pas expressément un prix.

Pour respecter les principes d'égalité de traitement et de transparence, mais également celui de la confiance, l'autorité intimée n'avait pas d'autre choix que d'évaluer le sous-critère 1.1 en se référant à la valeur indiquée par la recourante pour cette prestation. En procédant ainsi, l'autorité intimée

traitait le fournisseur actuel et la recourante de la même manière. On ne saurait voir là un quelconque excès ou abus du pouvoir d'appréciation.

La note de la recourante a par ailleurs été fixée conformément à la méthode de calcul annoncée dans la documentation d'appel d'offres (cf. supra consid. 2 *in fine*). Au demeurant et contrairement à ce que semble soutenir la recourante, le fait que l'autorité intimée ait mentionné sur la décision attaquée le montant total de l'offre tel que chiffré par la recourante, soit CHF 2'675'475.-, n'est pas contradictoire avec le fait d'évaluer le sous-critère 1.1 "*prix de mise en place*" sur la base de la valeur annoncée pour cette prestation.

Mal fondé, ce grief est rejeté.

6.

La recourante critique la note de 5 qui a été accordée à la société adjudicataire pour ce sous-critère 1.1 "*prix de mise en place*". Elle suppose que le pouvoir adjudicateur a retenu un prix de CHF 0.- pour le fournisseur actuel ou, au mieux, un prix fictif fixé à un niveau trop bas pour être réaliste. Elle affirme que le pouvoir adjudicateur a favorisé illégalement ses relations existantes pour adjuger le marché à l'adjudicataire. Elle soutient que l'autorité intimée a abusé de son pouvoir d'appréciation et procédé à une discrimination inadmissible entre soumissionnaires, violant ainsi le principe d'égalité de traitement.

Tout d'abord, il sied de relever que l'autorité intimée a appliqué la règle de notation applicables aux critères financiers figurant dans la documentation d'appel d'offres (cf. supra consid. 2 *in fine*) pour noter le sous-critère 1.1 de chacune des offres déposées, y compris celle du fournisseur actuel.

Comme cela a été examiné ci-avant (cf. supra consid. 5), la recourante fait erreur lorsqu'elle soutient qu'elle devait forcément obtenir la note de 5/5 en accordant un geste commercial de -100%.

Ensuite et contrairement à ce que la recourante émet comme hypothèse, le fournisseur actuel a communiqué un prix de mise en place "fictif", englobant les éléments listés dans les dispositions d'appel d'offres, ainsi qu'un prix de mise en place dit "réel" ne contenant que les frais auquel il devrait faire face s'il devait obtenir le marché. C'est le montant "fictif" (supérieur de plusieurs dizaines de milliers de francs au montant "réel") qui a été pris en considération pour l'évaluation du sous-critère 1.1.

Au regard des éléments figurant au dossier, il n'y a pas de raison de penser que les montants transmis par le fournisseur actuel sont fantaisistes. En effet, le prix de mise en place (fictif) ressortant de l'offre du fournisseur actuel est arrêté à CHF 44'645.30 (TVA inclue). Ce montant englobe un rabais. Lorsqu'on retranche celui-ci, le prix de mise en place (fictif) est tout à fait similaire (et même légèrement supérieur) à celui proposé par un des autres soumissionnaires.

Par ailleurs, la recourante, qui pouvait facilement identifier le montant "fictif" communiqué par le fournisseur actuel pour ce sous-critère en se basant sur les notes obtenues (dès lors que celui-ci a obtenu la note de 5/5 et que la règle de calcul – qui prend l'offre la moins chère comme base [cf. *supra* consid. 2 *in fine*] – figure dans la documentation d'appel d'offres) ne fournit aucun élément susceptible de remettre en doute le caractère plausible du montant annoncé par le fournisseur actuel pour ce sous-critère financier. Elle se contente d'indiquer qu'il "*n'est pas exclu qu'il ait indiqué dans son offre un montant fictif insignifiant et irréaliste au titre de la mise en place du système, soit*

sensiblement plus bas que le montant qu'il aurait effectivement facturé s'il ne disposait pas déjà de l'infrastructure nécessaire. Un tel prix tomberait dans la sur-qualité ou la sur-qualification".

Il sied au demeurant de relever que le rabais accordé par l'adjudicataire sur son prix (fictif) de mise en place n'a pas d'incidence sur le résultat de la procédure d'adjudication. Le fournisseur actuel conserve en effet la première place du classement, même en écartant le rabais accordé.

Au vu de ce qui précède, aucun abus ou excès du pouvoir d'appréciation, ni aucune violation du principe d'égalité de traitement ne peuvent être reprochés à l'autorité intimée qui a correctement appliqué les prescriptions prévues par les documents d'appel d'offres.

Mal fondé, ce grief est rejeté.

7.

La recourante se réfère aux art. 38 al. 3 AIMP 2019 et 38 al. 3 LMP ainsi qu'au chiffre 2.7 du fascicule 2 de la documentation d'appel d'offres et soutient qu'en omettant de l'interpeller sur la question du montant à prendre en considération pour le "*prix de mise en place*", l'autorité intimée a versé dans l'arbitraire.

7.1. Selon l'art. 38 al. 3 AIMP 2019, l'adjudicateur qui reçoit une offre dont le prix est anormalement bas par rapport aux prix des autres offres doit demander les renseignements utiles au soumissionnaire afin de s'assurer que les conditions de participation sont remplies et que les autres exigences de l'appel d'offres ont été comprises. L'art. 38 al. 3 LMP – dont le libellé est quasi identique – régit les marchés publics au niveau fédéral et n'est par conséquent pas applicable au cas d'espèce.

Selon le chiffre 2.7 du fascicule 2 de la documentation d'appel d'offres, une erreur de calcul manifeste du prix unitaire ou global, ainsi qu'un prix unitaire ou global manifestement trop bas, doivent être vérifiés au préalable auprès du soumissionnaire concerné, notamment par le fait que ses prix n'ont aucun rapport avec ceux pratiqués habituellement ou avec ceux offerts par les autres soumissionnaires. Le soumissionnaire devra apporter tout justificatif utile à la compréhension de ses prix. Si l'adjudicateur estime que les justificatifs apportés par le soumissionnaire démontrent que le soumissionnaire ne peut pas réaliser le marché dans de bonnes conditions d'exécution ou sans mettre en péril la pérennité de son entreprise, l'adjudicateur prendra une décision d'exclusion du soumissionnaire pour juste motif.

L'obligation d'interpellation prévue par les dispositions auxquelles la recourante se réfère est une condition à remplir lorsque l'autorité adjudicatrice entend exclure une offre jugée anormalement basse. Elle permet au soumissionnaire visé d'exercer son droit d'être entendu (cf. POLTIER, Droit des marchés publics, 2ème éd. 2023, n° 609). Ce n'est que si celui-ci – dûment interpellé – n'est pas en mesure de confirmer qu'il remplit les conditions de participation ou qu'il ne donne pas de garantie que les prestations faisant l'objet du marché à adjuger seront exécutées conformément au contrat que l'autorité adjudicatrice peut exclure l'offre en cause (cf. art. 44 al. 2 let. c AIMP 2019).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, en droit cantonal, le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation d'exclure une offre si celle-ci s'avère anormalement basse. Il est uniquement tenu de demander des précisions, conformément au droit d'être entendu, lorsqu'il envisage d'exclure une offre; dans un tel cas, il faut permettre au soumissionnaire visé de s'expliquer et de justifier le prix avantageux qu'il offre. En effet, une offre anormalement basse ne constitue pas en soi un procédé

inadmissible, pour autant que le soumissionnaire remplisse les critères d'aptitude et les conditions légales réglementant l'accès à la procédure, ce que l'autorité adjudicatrice doit vérifier en requérant des précisions en cas de doute à ce sujet. En revanche, si un soumissionnaire a certes formulé une offre anormalement basse de nature à susciter des doutes quant à sa capacité à exécuter le marché (critères d'aptitude) ou à remplir les conditions légales fixées et qui aurait partant justifié une demande d'explications de la part de l'adjudicateur dans la perspective de son exclusion, mais qu'en définitive ce soumissionnaire n'a pas obtenu le marché, le manquement procédural de l'adjudicataire n'aura déployé aucune conséquence pratique sur le résultat du marché. S'il ne saurait être nié, ce vice de forme ne peut donc être sanctionné pour lui-même (ATF 141 II 353 consid. 8.3.2 et références citées).

7.2. En l'espèce, on ne voit pas ce qu'une éventuelle interpellation de la part de l'autorité intimée aurait pu apporter à la recourante dès lors que celle-ci ne pouvait de toute manière pas modifier son offre. En effet, en matière de marché public prévaut le principe de l'intangibilité de l'offre à l'échéance du délai. Sous réserves d'éventuelles erreurs évidentes de calcul et d'écritures ou de rectifications s'avérant indispensables – aux strictes conditions de l'art. 39 AIMP 2019 qui n'entrent pas en considération ici –, une offre ne doit s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (cf. ATF 141 II 353 consid. 8.2.2. et références citées). Par ailleurs et comme examiné ci-avant, un "*prix de mise en place*" de CHF 0.- ne répond pas aux exigences de la documentation d'appel d'offres et n'est par conséquent pas admissible. En outre, l'offre de la recourante n'a pas été exclue de la procédure.

Dans ces circonstances, la question de savoir s'il y a eu violation de l'obligation d'interpellation peut rester ouverte. En effet, comme cela a été retenu par le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité, un éventuel vice de forme qui ne déploie aucune conséquence pratique sur le résultat du marché ne peut pas être sanctionné pour lui-même.

Mal fondé, ce grief doit être rejeté.

8.

En résumé, mal fondé, le recours (602 2024 96) doit être rejeté et la décision attaquée confirmée dans son résultat.

L'affaire étant jugée sur le fond, la demande d'effet suspensif (602 2024 98) est devenue sans objet.

9.

Vu l'issue du litige, les frais de procédure - fixés selon les art. 1 et 2 du tarif fribourgeois du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (RSF 150.12) - sont mis à la charge de la recourante qui succombe, conformément à l'art. 131 CPJA.

L'autorité intimée a certes requis l'octroi d'une indemnité de partie ainsi qu'une indemnité "*pour le retard occasionné par la présente procédure*". Elle n'a néanmoins pas recouru aux services d'un mandataire professionnel et n'a par ailleurs pas chiffré, ni motivé ses prétentions.

En sa qualité de collectivité publique, l'Etat de Fribourg n'a pas droit à une indemnité de partie (art. 139 CPJA). Par ailleurs, la réparation du dommage allégué que lui aurait causé la recourante en usant de son droit de recourir ne fait pas partie de la présente procédure.

la Cour arrête :

I. Le recours (602 2024 96) est rejeté.

II. La requête d'effet suspensif (602 2024 98), devenue sans objet, est rayée du rôle.

III. Les frais de procédure, fixés à CHF 3'000.-, sont mis à la charge de la recourante et compensés par l'avance de frais versée.

IV. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie.

V. Notification.

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

La fixation du montant des frais de procédure peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA).

Fribourg, le 15 novembre 2024 vth/mrg

Le Président | La Greffière-rapporteure