

100.2020.30

BEP/REN

Tribunal administratif du canton de Berne
Cour des affaires de langue française

Jugement du 14 octobre 2020

Droit administratif

B. Rolli, président
B. Arn De Rosa et M. Moeckli, juges
Ph. Berberat, greffier

A. _____ SA
agissant par son administratrice-présidente
représentée par Me B. _____
recourante

contre

Commune C. _____
agissant par son Conseil municipal
intimée n° 1

et

D. _____ S.A.
intimée n° 2

ainsi que

Préfecture du Jura bernois
Rue de la Préfecture 2, case postale 106, 2608 Courtelary

relatif à une décision rendue sur recours par la préfète du Jura bernois le
10 janvier 2020 (marchés publics – adjudication)



En fait:

A.

La Commune C. _____ a mis en soumission, selon la procédure sur invitation, des prestations liées à la construction d'un nouveau bâtiment scolaire à E. _____. La planification et la direction générale du projet ont été confiées à un bureau d'architecture, alors que l'organisation et la conduite de la procédure de soumission étaient elles-mêmes assurées par la commune. Quatre offres ont été déposées pour ce marché. L'exécution des travaux a été adjugée le 16 avril 2019 à D. _____ SA. L'offre déposée par A. _____ SA est arrivée en troisième position. Le bureau d'architectes mandaté par la commune à cet effet a informé A. _____ SA de l'attribution des travaux par courrier du 17 avril 2019.

B.

Par mémoire du 26 avril 2019, A. _____ SA, représentée par un avocat, a recouru auprès de la préfecture du Jura bernois contre l'adjudication précitée et requis des mesures provisionnelles et superprovisionnelles. Dans sa décision incidente du 30 avril 2019, la préfète a notamment accordé l'effet suspensif au recours à titre superprovisoire et appelé en cause l'adjudicataire. Par décision sur recours rendue le 10 janvier 2020, la préfète a rejeté le recours du 26 avril 2019.

C.

Par acte du 23 janvier 2020, A. _____ SA, toujours par l'intermédiaire de son mandataire, a recouru contre la décision sur recours précitée auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (TA), en retenant les conclusions suivantes:

"A titre liminaire.

Octroyer l'effet suspensif au présent recours et dès lors suspendre l'exécution de la décision du 17 avril 2019 de la Commune C. _____;

En tout état de cause.

1. Annuler la décision du 17 avril 2019 de la Commune C. _____, transmise par la société F. _____ SA, par pli daté du 17 avril 2019 à la société A. _____ SA, posté le 18 avril 2019, au terme de laquelle elle informait cette dernière ne pas lui avoir adjugé le marché, dans la mesure de sa recevabilité et annuler la décision du 10 janvier 2020 rendue par la Préfecture du Jura-bernois rejetant le recours et condamnant la recourante aux frais et dépens;

En lieu et place,

A titre principal,

2. Adjuger l'exécution des travaux du CFC 294 ingénieur CV-MCR dans le cadre de la construction d'un nouveau bâtiment scolaire à E. _____ à la société A. _____ SA;

A titre subsidiaire,

3. Renvoyer le dossier à la Commune C. _____ pour une nouvelle décision;

En tout état de cause,

4. Sous suite de frais et dépens."

Par ordonnance du 29 janvier 2020, le juge instructeur a, à titre superprovisoire, fait interdiction à la commune de passer le marché litigieux avec l'intimée n° 2. Dans son mémoire de réponse du 28 février 2020, la commune a conclu principalement à l'irrecevabilité du recours au motif que le recours était déposé de manière tardive et, sur le fond, à son rejet. Dans son préavis du 2 mars 2020, la préfète a, pour les mêmes motifs, conclu à titre principal à l'irrecevabilité du recours et, à titre subsidiaire, à son rejet en renvoyant aux considérants de la décision attaquée. L'adjudicataire ne s'est pas manifestée. Les participants à la procédure ont eu loisir de s'exprimer dans un second échange d'écritures.

D.

Par courrier du 23 avril 2020, la commune a requis la levée partielle de l'effet suspensif du recours. Après que les participants à la procédure ont pu s'exprimer sur cette question, l'effet suspensif au recours du 23 janvier 2020 a été confirmé par ordonnance et décision incidente du 11 mai 2020.

En droit:

1.

1.1 La décision sur recours attaquée se fonde sur le droit public. Conformément aux art. 11 al. 2 let. b et 13 al. 2 de la loi cantonale du 11 juin 2002 sur les marchés publics (LCMP, RSB 731.2), ainsi qu'à l'art. 74 al. 1 de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA, RSB 155.21), les décisions rendues sur recours par les préfectures relatives à une adjudication sont susceptibles de recours au TA si les seuils de la procédure sur invitation ou les seuils communaux inférieurs sont atteints (voir l'annexe 2 de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics avec modifications du 15 mars 2001 [AIMP, RSB 731.2-1]). Tel est le cas en l'espèce pour trois des quatre offres qui dépassent la valeur seuil fixée en procédure d'invitation. Aucune des exceptions prévues aux art. 75 ss LPJA n'étant réalisée, le TA est compétent pour connaître du recours, en dernière instance cantonale (art. 74 LPJA).

1.2 Si les conditions de la participation de la recourante à la procédure devant l'autorité précédente et de l'atteinte particulière par la décision sont à l'évidence remplies (art. 79 al. 1 let. a et b LPJA), il convient d'examiner plus avant celle de l'intérêt digne de protection à l'annulation de la décision (art. 79 al. 1 let. c LPJA). En effet, selon la jurisprudence en matière de marché public, un intérêt digne de protection n'est reconnu au candidat écarté que si ce dernier dispose de chances réelles de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours, le simple fait d'avoir participé à la procédure antérieure ne suffisant pas (ATF 141 II 14 c. 3 et 4). En l'occurrence, bien que placée en troisième position, on doit admettre que la recourante peut se prévaloir d'un intérêt pratique à recourir, puisque l'obtention de la note de 2 à deux de ses références suffirait pour que le marché lui soit adjugé. En outre, son argumentation relative aux références n'est en particulier pas manifestement infondée (voir l'ordonnance et décision incidente du juge instructeur du 11 mai 2020). Elle a donc qualité pour recourir devant le TA (art. 79 LPJA). Le recours ayant, au surplus, été interjeté en temps utile (voir l'ordonnance du juge instructeur du 27 mars

2020), dans les formes prescrites et par un mandataire dûment légitimé (art. 15, 32 et 81 LPJA), il est recevable sous réserve de ce qui suit.

1.3 L'objet de la contestation consiste dans la décision sur recours du 10 janvier 2020 par laquelle la préfète a rejeté le recours dirigé contre la décision de la commune du 17 avril 2019 refusant d'adjuger le marché à la recourante. L'objet du litige se détermine quant à lui, d'une part, par l'objet de la contestation et, d'autre part, par les conclusions et motifs présentés par la partie recourante (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, art. 72 n. 6 et 7). Or, la recourante a conclu, à titre principal, à l'annulation de "*la décision du 17 avril 2019 de la Commune C._____*". Ce faisant, elle a méconnu l'effet dévolutif de la procédure de recours à la préfecture et le fait que la décision de la préfecture du 10 janvier 2020 a remplacé la décision formelle de la commune du 19 août 2019 (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *op. cit.*, art. 60 n. 7 et art. 74 n. 6). Le recours est ainsi irrecevable en tant qu'il conclut à l'annulation de la décision de la commune.

1.4 Le pouvoir d'examen du TA résulte des arts. 80 let. a et b LPJA en relation avec les art 14 al. 2 LCMP et 16 al. 1 et 2 AIMP. Il couvre le contrôle des faits et du droit, y compris les violations du droit commises dans l'exercice du pouvoir d'appréciation, mais pas le contrôle de l'opportunité. L'exercice du pouvoir d'appréciation peut violer le droit en cas d'excès positif ou négatif du pouvoir d'appréciation, ainsi qu'en cas d'abus de pouvoir. Tant que l'instance précédente fait usage de son pouvoir d'appréciation conformément à ses obligations et en respectant ces limites, soit sans excès ni abus, il n'appartient pas au Tribunal de substituer sa propre appréciation à celle de l'administration (JAB 2010 p. 481 c. 1.2, p. 1 c. 1.4; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *op. cit.*, art. 66 LPJA n. 21 et 28).

2.

2.1 Dans ses griefs de nature formelle, qu'il convient d'examiner en premier lieu, la recourante reproche à la préfecture d'avoir commis un déni de justice formel. Elle fait tout d'abord valoir que l'autorité précédente a omis de se prononcer sur son argumentation concernant le barème de

notation, qu'elle estime déterminante. En outre, la recourante se plaint également du fait que la décision sur recours contestée ne se prononce pas sur ses griefs relatifs aux questions de techniques de chauffage.

2.2

2.2.1 Commet un déni de justice formel l'autorité qui n'applique pas ou applique d'une façon incorrecte une règle de procédure, de sorte qu'elle ferme l'accès à la justice au particulier qui, normalement, y aurait droit. L'autorité qui se refuse à statuer, ou ne le fait que partiellement, viole l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst., RS 101; ATF 144 II 184 c. 3.1 et les références citées). Le point de savoir si l'autorité qui traite le fond d'une cause, mais ne se prononce pas sur un grief commet aussi un déni de justice formel, comme le laisse parfois entendre la jurisprudence, n'a pas à être examiné, dès lors que cette problématique relève en tous les cas du droit à une décision motivée au sens de l'art. 29 al. 2 Cst., et que le grief, tel que formulé, couvre cet aspect (Tribunal fédéral [TF] 2D_34/2018 du 17 août 2018 c. 4.1 et les références citées).

2.2.2 Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. et l'art. 26 al. 2 de la Constitution du 6 juin 1993 du canton de Berne (ConstC., RSB 101.1), impose notamment à l'autorité judiciaire de motiver ses décisions, afin que le justiciable puisse les comprendre et exercer son droit de recours à bon escient (art. 52 al. 1 let. b LPJA). Pour satisfaire cette exigence, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision. Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui peuvent être tenus pour pertinents (ATF 142 II 154 c. 4.2 p. 157; JAB 2018 p. 310 c. 3.5; TF 4A_13/2018 du 23 octobre 2018 c. 2.3). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée (JAB 2018 p. 310 c. 3.5). La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 c. 3.2.1; TF 1C_56/2018 du 25 juillet 2018 c. 3.1 et les références citées). En revanche, une autorité se rend coupable d'un déni de justice formel prohibé par l'art. 29 al. 2 Cst lorsqu'elle omet de se prononcer sur des griefs qui

présentent une certaine pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments importants pour la décision à rendre. L'autorité ne doit toutefois pas se prononcer sur tous les moyens des parties; elle peut se limiter aux questions décisives (ATF 142 II 154 c. 4.2, 141 V 557 c. 3.2.1, 137 II 266 c. 3.2, 136 I 229 c. 5.2; TF 2C_1051/2019 du 28 février 2020 c. 7.2). Une violation du droit d'être entendu entraîne généralement une annulation de l'acte attaqué sans tenir compte des chances de succès du recours dans l'éventualité où ledit droit aurait été respecté par l'autorité inférieure (ATF 127 V 437 c. 3d/aa, 126 V 132 c. 2b et les références cités). La jurisprudence du TF donne toutefois à l'autorité de recours, sous certaines conditions, la possibilité de corriger la violation du droit d'être entendu. En effet, une telle violation est réparée - à titre exceptionnel et pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière - lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (ATF 133 I 201 c. 2.2, 127 V 437 c. 3d/aa, 136 I 72, 126 V 132 c. 2b; JAB 2012 p. 28 c. 2.3.5 et les références citées). Selon la jurisprudence, il est également possible de renoncer à renvoyer l'affaire à l'administration dans les cas d'une violation grave du droit d'être entendu, lorsque la réparation du vice doit être considérée comme une vaine formalité ("formalistischer Leerlauf") et qu'elle mènerait ainsi à une prolongation inutile de la procédure, incompatible avec les intérêts de la partie concernée à un règlement rapide du cas (ATF 133 I 201 c. 2.2, 132 V 387 c. 5.1).

2.3 En l'espèce, dans ses observations du 4 octobre 2019 en procédure de recours devant la préfecture, la recourante a fait valoir un certain nombre d'arguments relatifs au barème de notation. Dans cette même écriture, elle a également discuté les références déposées par des soumissionnaires et en particulier les techniques de chauffage proposées (voir c. 2.1 et 2.4; dossier préfecture [dos. préf.] 333-353). S'agissant du barème de notation, il y a lieu d'admettre que l'instance précédente s'est prononcée sur ces griefs dans sa décision (c. 4.2 de la décision attaquée; dos. préf. 399-410). La préfète a en effet exposé de manière précise pourquoi la recourante s'est plainte à tort du barème de notation. Elle a motivé à cet égard que le Guide romand pour les marchés publics n'avait pas de force de contraignante pour le pouvoir adjudicateur, qui était ainsi

libre d'en faire usage ou non, d'une part, et que la méthode de notation n'avait pas à être publiée à l'avance par la commune, d'autre part. Ainsi, cette motivation est suffisante pour permettre à la recourante de discerner les motifs qui ont guidé la préfète et d'attaquer la décision en connaissance de cause. La manière dont la préfète est arrivée à cette conclusion et la question de savoir si c'est à juste titre qu'elle y est parvenue constitue une question de fond. Pour ce qui est de l'argumentation de la recourante relative aux techniques de chauffage, la même conclusion peut être tirée à la lecture de la décision attaquée. En effet, l'instance précédente a, en substance, d'une part, évoqué qu'aux yeux du pouvoir adjudicateur, la production de chaleur constituait une technologie courante ne requérant pas de compétences particulières et, d'autre part, insisté sur l'importance de la distribution de la chaleur et de sa régulation dans un bâtiment scolaire (c. 2.2 de la décision attaquée). Il y a donc lieu de considérer que la préfète n'a pas non plus passé sous silence ces arguments, ce d'autant plus qu'elle a mis en exergue le large pouvoir d'appréciation dont jouit le pouvoir adjudicateur, en particulier en présence de considérations d'ordre technique (c. 5.2 de la décision attaquée). En cela, bien que succincte, cette motivation s'avère suffisante. Finalement, savoir si cette appréciation peut être suivie relève également d'une question de fond, qui sera examinée ci-après.

3.

3.1 Aux termes de l'art. 30 de l'ordonnance cantonale du 16 octobre 2002 sur les marchés publics (OCMP, RSB 731.21), le marché est adjudgé au ou à la soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse, c'est-à-dire celle qui remplit le mieux les critères d'adjudication (al. 1). Les critères d'adjudication sont consignés dans les documents d'appel d'offres, accompagnés de leur pondération et d'éventuels sous-critères. Si le prix est considéré comme un critère déterminant, la manière dont il est évalué doit être explicitée (al. 2). Les critères suivants peuvent en particulier être pris en considération: la qualité, le prix, les délais, l'écologie, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, la pertinence de la prestation, la valeur technique, l'esthétique, la créativité, l'infrastructure

(voir ATF 143 II 553 c. 6.4). Les critères d'adjudication doivent être spécifiques au marché concerné et, si nécessaire, précisés (al. 3; voir la version allemande de l'art. 30 al. 3 phr. 2 OCMP). La sélection et la pondération doivent être objectivement justifiées, c'est-à-dire fondées sur les exigences du mandat et son importance (CHRISTOPH JÄGER, *Öffentliches Beschaffungsrecht*, in MÜLLER/FELLER [éd.], *Bernisches Verwaltungsrecht*, 2^{ème} éd., 2013, p. 851 n. 136 ss; MATTHIAS HAUSER, *Zuschlagskriterien im Submissionsrecht*, AJP 2001, p. 1405 ss). Afin d'assurer la transparence nécessaire, les critères d'adjudication doivent être énoncés avec leur pondération ou, au minimum, dans leur ordre d'importance (ATF 143 II 553 c. 7.7, 130 I 241 c. 5.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^{ème} éd., 2013, n. 956 et 972 s.). L'autorité d'adjudication dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer les critères, leur pondération et le choix des méthodes d'évaluation, et les autorités de recours ne peuvent intervenir qu'en cas d'abus ou de dépassement de ces critères (voir l'art. 16 AIMP; JAB 2019 p. 201 c. 3.1, 2015 p. 564 c. 4.1 ss et les références citées; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, n. 873 ss et 956; MARTIN BEYELER, *Ziele und Instrumente des Vergaberechtes*, 2008, n. 143).

3.2 Les critères d'adjudication et les sous-critères publiés (y compris la pondération et les éventuelles règles d'évaluation) sont contraignants pour l'autorité adjudicatrice. Elle doit donc évaluer les offres uniquement sur la base des critères publiés au préalable (JAB 2019 p. 201 c. 3.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, n. 859 s.). Les soumissionnaires doivent pouvoir se fier à l'autorité adjudicatrice pour comprendre les critères d'évaluation sélectionnés selon l'usage courant de la langue. Les critères d'adjudication peu clairs doivent être interprétés selon le principe de confiance, c'est-à-dire de la manière dont le cercle d'experts auquel ils s'adressent pouvait et devait les comprendre (arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] B-5504/2015 du 29 octobre 2015 c. 6.4.2, B364/2014 du 16 janvier 2015 c. 6.3.1, B-6837/2010 du 16 novembre 2010 c. 4.3.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, n. 859). La volonté subjective du pouvoir adjudicateur ou des personnes qui y travaillent est sans importance (JAB 2019 p. 201 c. 3.3; TF 2C_1101/2012 du 24 janvier 2013 E. 2.4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, n. 566 s.; VGE 2018/232 du 15

novembre 2018 c. 2.4; voir également ATF 141 II 14 c. 7 sur l'interprétation des critères d'aptitude). La sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base des critères d'évaluation fixés sous la forme de critères d'adjudication nécessite une comparaison évaluative des offres soumises. Lors de l'évaluation des différentes offres sur la base des critères d'attribution, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation dont l'application est soumise au contrôle judiciaire des instances de recours, même si celles-ci exercent régulièrement une certaine retenue (JAB 2006 p. 500 = VGE 22523 du 12 juillet 2006 c. 5.2 s. non publié, VGE 2019/369 du 24 mars 2020 c. 3.2, 2016/291 du 3 avril 2017 c. 6.1, 2016/142 du 20 septembre 2016 c. 6.1; ATF 141 II 353 c. 3, 141 II 14 c. 8.3; TF 2D_9/2019 du 22 juillet 2019 c. 3.3). L'examen des offres doit être effectué d'une manière factuelle et compréhensible. La méthode d'évaluation ne doit pas conduire à des résultats qui brouillent ou même inversent la pondération annoncée des critères d'attribution (JAB 2006 p. 327 c. 4e; VGE 2019/369 du 24 mars 2020 c. 3.2, 2016/291 du 3 avril 2017 c. 6.1, CHRISTOPH JÄGER, *op. cit.*, p. 852 n. 141; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, n. 914). En outre, le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires (art. 11 al. 1 lit. a AIMP) exige que le pouvoir adjudicateur applique le système d'évaluation et de notation à toutes les offres de la même manière et selon les mêmes critères (art. 25 al. 1 OCPM; HÄNNI/STÖCKLI, *Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2013, n. 740 ss; MARTIN BEYELER, *op. cit.*, n. 185 ss et 213 ss; MATTHIAS HAUSER, *op. cit.* p. 1410; CHRISTOPH JÄGER, *op. cit.*, p. 831 n. 77 s.).

4.

En l'espèce, la commune a défini dans l'appel d'offre les critères d'adjudication et leur pondération comme suit (dos. préf. 87):

"Critères d'adjudication	Pondération en %
...	
2.3 <u>Autres critères</u>	
2.3.1 Références spécifiques à l'ouvrage	36%
2.3.2 Formation des apprentis	2%
2.4 <u>Prix</u>	
2.4.1 Résultat selon la formule ci-dessous	62%
Total de l'évaluation	100%"

Sur cette base, la commune a évalué l'offre de la recourante avec un total de 348 points. Pour le montant de l'offre s'élevant à Fr. 132'944.35.-, elle a attribué 310 points, soit le maximum des points pour ce critère, tandis qu'elle a évalué la qualité de l'offre en matière de références avec 36 points et la formation des apprentis avec 2 points. Quant à l'adjudicataire, elle a obtenu un total de 369.24 points pour son offre. Le prix de son offre était fixé à Fr. 171'043.75.- auquel un rabais d'adjudication a été appliqué. Plus précisément, elle a obtenu 187.24 points pour ce critère, 180 points pour le critère des références, soit le maximum des points, ainsi que 2 points pour le critère de la formation des apprentis (dos. préf. 94).

5.

5.1 Dans un premier grief matériel, la recourante se plaint de plusieurs violations du principe de transparence. Elle fait tout d'abord valoir que les attentes du pouvoir adjudicateur (en particulier l'exigence de références liées à un concept de bâtiment Minergie avec ventilation contrôlée à double flux avec label Minergie) ne ressortaient pas du dossier soumis aux candidats (voir c. 5.3.1 ss ci-dessous). Elle reproche aussi au pouvoir adjudicataire de ne pas avoir publié le barème de notation et invoque à cet effet son inopposabilité (voir c. 5.3.5 ci-dessous). Enfin, elle voit une violation du principe de la transparence en lien avec le critère d'adjudication relatif à la formation des apprentis par le fait que le pouvoir adjudicateur se soit référé au Guide romand pour les marchés publics sans l'avoir préalablement annoncé (voir c. 5.3.6 ci-dessous).

5.2 Le principe de la transparence découle de l'art. 11 let. b AIMP en relation avec l'art. 5 al. 2 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02), ainsi que l'anc. art. 1 al. 2 let. c AIMP (ROB 98-25) et a été reconnu par le TF comme étant l'un des principes généraux en droit des soumissions. Il doit garantir, d'une part, une authentique concurrence entre les soumissionnaires, ainsi qu'une utilisation parcimonieuse des deniers publics. D'autre part, le principe de la transparence vise à assurer une saine concurrence dans la procédure et à empêcher abus et manipulations de la part des autorités adjudicatrices

(ATF 125 II 86 c. 7c et les références; JAB 2019 p. 203 c. 3; JAB 2015 567 c. 4.1). Au sens de la jurisprudence du TF, l'autorité adjudicatrice est tenue d'énumérer les critères d'adjudication déterminants par ordre d'importance. Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser les critères publiés, à moins qu'ils ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié (ATF 130 I 241 c. 5.1, 125 II 86 c. 7c). Jusqu'à présent, ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont déduit du principe de transparence un devoir général de communiquer à l'avance des échelles de notes. Selon le TF, l'autorité adjudicatrice ne doit pas nécessairement procéder à une publication de l'échelle de notes lors de l'appel d'offres, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (ATF 130 I 241 c. 5.1; TF 2P.172/2002 du 10 mars 2003 c. 2.3; JAB 2006 p. 500 c. 4.2 et les références). Enfin, il résulte de la jurisprudence du TF que le principe de transparence est de nature formelle. Sa violation n'entraîne pas nécessairement l'annulation de la décision d'adjudication. L'annulation de cette dernière pour violation du principe de la transparence présuppose bien plus que la violation ait un rapport de causalité avec la décision d'attribution d'un marché (TF 2P.299/2000 du 24 août 2001 c. 4; JAB 2004 p. 348 c. 3; CHRISTOPH JÄGER, *op. cit.*, p. 832 s. n. 82 et les références citées).

5.3

5.3.1 D'emblée, il y a lieu de relever en l'espèce que les soumissionnaires ont été rendus attentifs au fait que le pouvoir adjudicateur attachait une importance particulière au développement durable, dont l'énergie est l'une des composantes indissociables (voir notamment les art. 2 al. 2 et 73 Cst et 2 al. 1 de la loi cantonale sur l'énergie du 15 mai 2011 [LCEn, RSB 741.11]). En effet, dans les documents d'appel d'offres du 2 avril 2019 remis aux soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur a exposé sous la rubrique "Description et principes du projet" que le développement durable, subdivisé dans les éléments "énergie" et "matériaux de construction", ainsi que l'économie, dont les composantes sont les "coûts", la "durabilité" et

l'"entretien", constituaient deux des aspects du projet à prendre en considération au moment de la pondération des critères (dos. préf. 84). On notera à ce propos que les bâtiments et installations du canton et des communes, dont fait notamment partie le projet mis en soumission, doivent être construits et utilisés de manière qu'ils servent d'exemples à la réalisation des objectifs de la loi cantonale sur l'énergie du 15 mai 2011 (art. 52 al. 1 LCEn, RSB 741.1); or l'un des buts de cette législation est d'encourager les économies d'énergie et l'utilisation judicieuse et efficace de l'énergie ainsi qu'encourager l'utilisation des énergies renouvelables (art. 2 al. 2 lit. b et c LCEn). Dans la documentation susmentionnée, une rubrique est par conséquent consacrée à la thématique de la "durabilité", dans laquelle il est exposé que *"le projet, avec la méthodologie de construction proposée, pourrait être labélisé Minergie-ECO: réutilisation des déblais sur site (plateau), lumière naturelle maximisée, structure bois modularité, déconstruction, usage de produits eco-certifiés (selon fiches ECO-CFC), de filière (panneaux sans formaldéhyde, etc)."* (dos. préf. 83). Dans l'exemplaire de soumission transmis à la recourante par courrier du 2 avril 2019 (dos. préf. 80), il est également fait référence dans le descriptif "CFC 294 ingénieur chauffage-ventilation, MCR, coordination", sous la rubrique intitulée *"Description des éléments à considérer par l'ingénieur chauffage-ventilation"*, que: *"Le Mo, conscient de son devoir d'exemplarité, se déterminera sur un objectif de labellisation éventuelle (Minergie, Minergie +, P, ECO) "* (dos. préf. 47).

5.3.2 Au vu de ces éléments, force est de constater à la lecture des documents d'appel d'offres que les soumissionnaires ne pouvaient raisonnablement ignorer, d'une part, le devoir d'exemplarité du pouvoir adjudicateur et, d'autre part, son intention de se déterminer sur une labellisation. Ainsi, selon le principe de la confiance (voir c. 4.2 ci-dessus), ils devaient donc s'attendre à ce que l'autorité adjudicatrice examine également les références déposées en ce sens afin qu'elle puisse se prononcer sur ces différentes possibilités de labellisation. L'emploi du conditionnel ou le degré d'éventualité, comme l'allègue la recourante, ne change rien à ce constat. En corollaire, il ne fait pas non plus de doute que les références faisant l'objet d'une labellisation seraient mieux notées que celles pour lesquelles une telle labellisation feraient défaut. C'est donc à

bon droit que la préfète a retenu qu'il ressortait des documents d'appel d'offres que les références devaient correspondre à des bâtiments répondant aux normes Minergie et, plus généralement, que l'ensemble des critères et leur pondération ont été communiqués aux soumissionnaires de manière régulière dans les documents d'appel d'offres. Au cas particulier, à l'exception de la recourante, les trois autres soumissionnaires ont produit chacune d'elle dans leur offre au moins deux références soumises au label Minergie, à l'exception d'un candidat qui n'en a produit qu'une seule dans son offre (dos. préf. 177-199), ce qui tend aussi à démontrer que les soumissionnaires ont bien cerné les attentes du pouvoir adjudicateur.

5.3.3 Quant à l'argument de la recourante selon lequel la labellisation ne constitue pas un élément déterminant dans l'examen des références par le pouvoir adjudicateur, en particulier parce que même l'intimée n° 2 ne l'aurait pas non plus comprise en ce sens, il tombe à faux. En effet, les propos de l'intimée n° 2 doivent être remis dans leur contexte. En l'espèce, celle-ci avait pris position sur une allégation de la recourante qui précisait notamment être partenaire Minergie (dos. préf. 105), ce à quoi elle avait répondu également l'être, même si ce n'était pas exigé par les documents d'appel d'offres en tant que critère d'aptitude (observation du 23 mai 2019; dos. préf. 140). On ne peut dès lors prétendre que l'intimée n° 2 n'aurait pas décelé l'importance de la labellisation, ce d'autant plus que deux de ses trois références font état d'une telle labellisation (dos. préf. 186-189).

5.3.4 S'agissant finalement du grief par lequel la recourante invoque que les références en tant que critère d'adjudication devraient présenter un degré d'analogie suffisant avec le projet mis en soumission et qu'une référence ne doit ainsi pas être certifiée par une labellisation Minergie pour réaliser cette condition, il convient de mentionner ce qui suit. La jurisprudence tessinoise sur laquelle se fonde la recourante concerne des références en tant que critère d'aptitude. En outre, il ressort de cette jurisprudence que la définition des "travaux analogues" à indiquer comme références doit être recherchée dans les conditions de l'appel d'offres; dans ce sens, il faut entendre des ouvrages qui présentent un degré d'analogie suffisant avec le projet mis en soumission, d'un point de vue tant quantitatif que qualitatif (jugement du Tribunal administratif du canton du

Tessin 52.2016.521 du 1^{er} février 2017 cité dans: DUBEY/HÜRLIMANN, *La jurisprudence en marchés publics entre 2016 et 2018*, in: ZUFFEREY/BEYELER/SCHERLER [édit.], *Marchés publics 2018*, vol. 36, 2018, p. 126 n. 96). Or en l'espèce, il ressort indéniablement des documents d'appel d'offres que le pouvoir adjudicateur entendait bien examiner, d'un point de vue qualitatif, la question de la labellisation du bâtiment mis en soumission, et qu'elle jouerait un rôle dans l'évaluation des offres.

5.3.5 En ce qui concerne la grille d'évaluation, dont la recourante se plaint du défaut de publication, on précisera qu'aucune disposition légale n'impose au pouvoir adjudicateur de communiquer le barème de notation. En outre, comme le soulève à bon droit la préfète, la jurisprudence du TF n'exige pas non plus du pouvoir adjudicateur de porter par avance à la connaissance des soumissionnaires une échelle de notes, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (voir c. 5.2 ci-dessus; ATF 130 I 241 c. 5.1). C'est du reste ce que la commune, par l'intermédiaire du bureau d'architecture, avait souligné dans sa prise de position du 12 novembre 2019 par-devant la préfète (dos. préf. 394). Dans ces conditions, aucune violation du principe de transparence ne saurait non plus être retenue sur ce point.

5.3.6 Finalement, s'agissant du critère relatif à la formation des apprentis, le fait que le pouvoir adjudicateur se soit référé au Guide romand pour les marchés publics sans l'annoncer ne saurait non plus être constitutif d'une violation du principe de transparence. Pas plus que le tableau de notation, les sources sur lesquelles l'autorité se fonde pour élaborer son tableau de notation ne devraient-elles être communiquées (voir c. 5.2 ci-dessus; ATF 130 I 241 c. 5.1).

5.4 Au vu de ce qui précède, la préfète n'a donc aucunement violé le droit en retenant, d'une part, que les informations minimales et utiles avaient été portées à la connaissance des soumissionnaires à l'avance pour leur permettre de présenter une offre valable et correspondant pleinement aux attentes du pouvoir adjudicateur, et, d'autre part, que l'appréciation des offres s'est faite sur la base des informations dûment communiquées au préalable (c. 4.2 de la décision attaquée), niant en cela toute violation du principe de transparence.

6.

6.1 La recourante remet également en cause le barème de notation dont a fait usage la commune pour évaluer les offres. Elle relève plus particulièrement, que le système de notation (1, 3 et 5), en omettant les notes de 2 et 4, ne permettait dès lors pas de procéder à un examen approfondi de l'offre économiquement la plus avantageuse. Elle préconise d'utiliser en lieu et place le barème de notation prévu par le Guide romand pour les marchés publics.

6.2 A titre liminaire, il convient de souligner qu'aucune disposition légale applicable au marché litigieux ne définit l'échelle des notes qu'il convient d'attribuer à un critère (TF 2P.172/2002 du 10 mars 2003 c. 3.2). Ainsi, le choix d'une méthode de notation parmi les nombreuses solutions qui s'offrent à l'adjudicateur relève du large pouvoir d'appréciation qui lui est reconnu, le juge ne devant sanctionner que l'abus ou l'excès de ce pouvoir (ATF 130 I 241 c. 6.1; TF 2P.136/2006 du 30 novembre 2006 c. 3.4, TF 2P.172/2002 du 10 mars 2003 c. 3.2; JAB 2006 p. 500 c. 4.4). En effet, la pondération des critères ainsi que l'échelle de notation doivent être arrêtées par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure d'évaluation des offres qui mènera à l'adjudication (ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2014, n. 318). Il ne suffit donc pas, pour qu'une méthode de notation puisse être qualifiée d'arbitraire, que l'usage d'autres méthodes aurait pu se justifier ou même aurait été objectivement préférable. Il faut encore pouvoir établir que la méthode choisie conduit à un résultat insoutenable, en ce qu'elle ne permet manifestement pas de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse (arrêt du Tribunal cantonal du Valais A1 15 130 du 22 octobre 2015 c. 2.2).

6.3 Dès lors, la commune était libre de fixer un barème avec une notation (1, 3 et 5) qui omettait les notes de 2 et 4, sans que celui-ci ne porte flanc à la critique. En outre, le barème de notation que suggère le Guide romand des marchés public, dont se prévaut la recourante, ne trouve pas application au cas présent. En effet, ce guide a valeur de recommandations et ne lie pas le pouvoir adjudicateur, ainsi que l'a relevé à juste titre la préfète (c. 4.2 de la décision attaquée; PATRICK VALLAT, *Le Guide romand pour les marchés publics*, BR/DC 2006 p. 66; Guide romand

pour les marchés publics, édition du 1^{er} mai 2020, *Introduction*, p. 4; voir aussi TF 2D_35/2017 du 5 avril 2018 c. 4.3, TF 2D_34/2018 du 17 août 2018 c. 5.4; arrêt du Tribunal cantonal du Valais A1 15 48 du 8 janvier 2016 c. 7.3.2.1). En conséquence, il est superflu d'examiner en détail les arguments développés par la recourante concernant l'évaluation des notes selon le Guide romand pour les marchés publics. Enfin, pour ce qui est de ses critiques concernant la fixation des notes sur ses propres références, celles-ci seront examinées ci-après (voir c. 7 ci-dessous).

7.

La grille d'évaluation du critère d'adjudication relatif aux références comportait les indications suivantes (dos. préf. 131):

" 2.3	Autres critères:	
2.3.1	<i>Références spécifiques à l'ouvrage 1</i>	5 à 0
	• <i>Référence similaire par rapport à l'objet, quantitatif et qualitatif</i>	5
	• <i>Référence différente mais de qualité</i>	3
	• <i>Référence peu précise, peu d'indication</i>	1
	• <i>Pas de référence</i>	0
2.3.2	<i>Références spécifiques à l'ouvrage 2</i>	5 à 0
	• <i>Référence similaire par rapport à l'objet, quantitatif et qualitatif</i>	5
	• <i>Référence différente mais de qualité</i>	3
	• <i>Référence peu précise, peu d'indication</i>	1
	• <i>Pas de référence</i>	0
2.3.3	<i>Références spécifiques à l'ouvrage 3</i>	5 à 0
	• <i>Référence similaire par rapport à l'objet, quantitatif et qualitatif</i>	5
	• <i>Référence différente mais de qualité</i>	3
	• <i>Référence peu précise, peu d'indication</i>	1
	• <i>Pas de référence</i>	0"

7.1 S'agissant de l'appréciation du critère d'adjudication relatif aux références, la recourante reproche tout d'abord au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir retenu l'ensemble de ses neuf références et voit à cet égard une violation du droit ainsi qu'une mauvaise appréciation des faits. La recourante conteste en particulier la limitation à trois du nombre de

références à déposer. Elle réfute ensuite en substance l'appréciation de la commune selon laquelle ses références ne seraient pas adéquates. Ainsi, elle lui fait grief d'avoir évalué de manière arbitraire ses références en lui attribuant des évaluations systématiquement trop basses, tandis que les notes données aux références de l'adjudicataire ainsi qu'aux autres soumissionnaires seraient trop élevées.

7.2

7.2.1 Comme déjà relevé plus haut (c. 1.3 et 4.1 s.), en matière de marchés publics, le droit matériel laisse en principe une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, en particulier dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres (ATF 141 II 353 c. 3, 125 II 86 c. 6; TF 2D_9/2019 du 22 juillet 2019 c. 3.3, 2C_418/2014 du 20 août 2014 c. 4.1), que le Tribunal, qui ne dispose pas lui-même des compétences techniques en la matière, doit respecter (ATF 139 II 185 c. 9 s. au sujet de la notion de "pouvoir d'appréciation technique"). Cela vaut notamment pour l'appréciation des références en tant que critères d'aptitudes (ATF 141 II 14 c. 8.3 et les références citées; arrêt du Tribunal cantonal du canton de Saint-Gall B 2018/176 du 30 août 2018 c. 3, in: DUBEY/HÜRLIMANN, *La jurisprudence en marchés publics entre 2018 et 2020*, in: ZUFFEREY/BEYELER/SCHERLER [éd.], *Marchés publics 2020*, vol. 42, 2020, p. 243 n° 401). Il résulte aussi de la jurisprudence du TF qu'une commune, en tant que pouvoir adjudicateur, est liée par les règles en matière de soumissions mais dispose néanmoins d'une liberté de décision relativement importante et jouit d'une large autonomie communale. Cela concerne notamment l'organisation de la procédure, le choix des critères d'adjudication et, finalement, l'adjudication elle-même. En ce qui concerne les critères d'adjudication, la commune dispose en tout état de cause d'une marge de manœuvre considérable, dans la mesure où ces critères se rapportent directement et de manière objective à la prestation voulue (ATF 143 II 553 c. 6.3.2 et les références citées).

7.2.2 Si l'autorité judiciaire substitue son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur, elle juge en opportunité, ce qui est prohibé tant par l'art. 16 al. 2 AIMP (ATF 140 I 285 c. 4.1, 141 II 14 c. 2.3; TF 2D_52/2011 du 10 février 2012 c. 3.2; JAB 2019 p. 201 c. 3.1, 2015 p. 564 c. 4.1 ss et les

références citées; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, n. 873 ss et 956; MARTIN BEYELER, *Ziele und Instrumente des Vergaberechtes*, 2008, n. 143) que par l'art. 80 let. c LPJA a contrario. L'autorité judiciaire ne peut intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur (TF 2D_52/2011 du 10 février 2012 c. 3.2, 2P.146/2001 du 6 mai 2002 c. 4.2), ce qui, en pratique, peut s'assimiler à un contrôle limité à l'arbitraire (ETIENNE POLTIER, *op. cit.*, n. 420; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, n. 1390). Il y a en particulier abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou lorsqu'elle viole des principes généraux du droit, tels que l'interdiction de l'arbitraire, l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 c. 5.1, 123 V 150 c. 2 et les références citées; TF 5D_28/2014 du 26 mai 2014 c. 2.1). En revanche, l'autorité judiciaire n'a pas à faire preuve de la même retenue lors du contrôle des règles de procédure en matière de marchés publics (ATF 141 II 353 c. 3 et les références citées; TF 2D_9/2019 du 22 juillet 2019 c. 3.3).

7.2.3 Une décision est qualifiée d'arbitraire (art. 9 Cst. et art. 11 al. 1 ConstC.) lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou qu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une solution autre que celle de l'autorité cantonale semble concevable, voire préférable. Pour qu'une décision soit annulée, il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable; il faut encore que cette décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 144 I 318 c 5.4, 140 I 201 c. 6.1; JAB 2013 p. 521 c. 3.2.2 et les références).

7.2.4 Au surplus, l'évaluation des critères d'adjudication est aussi limitée par le fait que la définition de ceux-ci, publiée dans l'appel d'offres et les documents y afférents, ne peut en règle générale plus être remise en question au niveau d'un recours contre l'adjudication (voir les art. 11 al. 2 let. a LCMP et 15 al.1^{bis} let. a AIMP). Il appartient en effet aux soumissionnaires de contester les critères d'adjudication dans les dix jours dès la publication de l'appel d'offres (art. 14 al. 1 LCMP). Dans la mesure où des irrégularités contenues dans l'appel d'offres ou la documentation y

afférente sont reconnaissables en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances, il faut saisir immédiatement l'autorité de recours, sous peine de forclusion, en application des principes de la bonne foi et de la célérité (ATF 130 I 241 c. 4.3; TF 2P.294/2005 du 14 mars 2006 [= ATF 132 I 86] c. 4.1 non publié aux ATF; TF 2P.136/2006 du 30 novembre 2006 c. 3.3).

7.3

7.3.1 Dès l'abord, on précisera qu'il n'appartient pas à la recourante de déterminer combien de références sont justifiées dans le cadre de l'appel d'offres. En effet, d'une part, cette prérogative appartient à l'autorité d'adjudication qui dispose à cet effet d'un large pouvoir d'appréciation (art. 16 al. 2 AIMP; JAB 2019 p. 201 c. 3.1, 2015 p. 564 c. 4.1 ss et les références citées; voir c. 4.1 s. ci-dessus). D'autre part, il aurait été loisible à la recourante de remettre en question le critère d'adjudication en cause dès la publication de l'appel d'offres, ce qu'elle a omis de faire (art. 11 al. 2 let. a LCMP; art. 15 al.1bis let. a AIMP; voir c. 7.2.4 ci-dessus). Il reste toutefois à examiner s'il était justifié en l'occurrence de ne retenir que trois références au regard du contenu des documents d'appel d'offres.

7.3.2 A la lecture de ceux-ci, on constate qu'aucun élément ne permet de déduire que le pouvoir adjudicateur attendait des soumissionnaires qu'ils produisent plus de trois références, contrairement à ce que prétend la recourante. En effet, une rubrique "commentaire" relative au critère "références spécifiques à l'ouvrage" expose clairement que "*le soumissionnaire présente trois réalisations similaires, récentes (max. 5 ans) ou en construction. Présentation libre, max. 1 page A4 par objet*" (dos. préf. 87). À l'exception de la recourante, les trois autres candidats soumissionnaires ont produit trois références à l'appui de leur offre (dos. préf. 184-194). Dans ces conditions, il n'est pas non plus critiquable que le pouvoir adjudicateur ait, dans le cadre de son large pouvoir d'appréciation, décidé de sélectionner les trois premières références de la recourante pour procéder à l'évaluation de son offre, à savoir le remplacement d'une chaudière par une chaudière de bois déchiqueté au collège de G._____, l'installation solaire photovoltaïque pour une villa à H._____ et le remplacement d'une chaudière par une pompe à chaleur

de 9 Kw pour une villa à I. _____ (dos. préf. 14-17). En corollaire, ses références n^{os} 4 à 9, en particulier les n^{os} 4, 5 et 8 mises en exergue par la recourante (dos. préf. 10-13), ne sont pas déterminantes puisqu'elles ont été écartées de l'appréciation de l'offre de la recourante.

7.3.3 Les arguments de la recourante ne peuvent être suivis. Tout d'abord, pour les raisons invoquées au considérant 6.3, l'annexe Q du Guide romand pour les marchés publics invoquée par la recourante ne lui est d'aucun secours (pièce justificative de la recourante [PJ rec.] n° 12) puisqu'elle est dénuée de caractère contraignant. On se bornera à préciser à ce propos que cette recommandation a fait l'objet d'une refonte entière et complète au 1^{er} mai 2020, dans laquelle la fixation d'un nombre de références n'est pas suggérée par l'annexe Q, et ce d'autant moins en tant que critère d'aptitude (Guide romand pour les marchés publics, édition du 1^{er} mai 2020, *Annexe Q*, p. 2). Par ailleurs, la recourante invoque une jurisprudence selon laquelle *"l'interprétation que la commune tire des documents d'appel d'offres, selon laquelle cette mention signifiait que seules deux références seraient prises en considération pour l'évaluation sans néanmoins exclure formellement le dépôt d'un nombre plus important de références, n'apparaît pas insoutenable. Il est exact qu'elle est de nature à avantager le candidat qui produit plusieurs références, parmi lesquelles l'adjudicatrice pouvait alors choisir celles qu'elle estimait les plus pertinentes"* (arrêt du Tribunal cantonal du Valais A1 15 48 du 8 janvier 2016 c 7.3.2.1). Dans le cas à la base de l'arrêt précité, la situation se différencie toutefois du cas présent puisque les références avaient été érigées en critères d'aptitude. De plus, on ne saurait déduire une quelconque règle abstraite et générale de cet arrêt, dans la mesure où le pouvoir adjudicateur jouit d'une grande liberté dans l'appréciation des offres, quand bien même la production d'un nombre plus élevé de références ne serait pas expressément prohibé par les documents d'appel d'offres.

7.3.4 A l'appui de son recours, la recourante se réfère encore à deux jugements qui font état de deux appels d'offres dans lesquels la mention "au max." était inscrite (arrêt du Tribunal cantonal du Valais A1 17 148 du 1^{er} décembre 2017 = BR/DC 2018 p. 250 n° 391; TAF B-4902/2013 du

29 octobre 2013 c. 5.4, confirmé par l'ATF 141 II 14 c. 6.1). Aucune conséquence générale ne saurait néanmoins être tirée de ces jugements, dans la mesure où ils se contentent de faire mention du nombre de références requises dans les cas précis en question. Par ailleurs, nombre de jugements portent sur des cas dans lesquels aucune précision n'est donnée sur ce point dans les documents d'appel d'offres (voir notamment TF 2D_9/2019 du 22 juillet 2019, 2C_785/2014 du 12 février 2015 c. 3.4; TAF B-5293/2015 du 4 novembre 2015 c. 6.3). Enfin, contrairement à ce qu'invoque la recourante, on discerne mal les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur aurait dû requérir auprès du soumissionnaire des explications relatives à son offre au sens de l'art. 26 OCMP, s'agissant du nombre de références produites. En effet, cette disposition vise à clarifier les informations déjà contenues dans l'offre (par exemple en corrigeant des inexactitudes techniques), mais en aucun cas à améliorer ou à modifier ultérieurement une offre (CHRISTOPH JÄGER, *op. cit.*, p. 848 n. 129).

7.3.5 Il s'ensuit que l'argumentation de la recourante relative au nombre de références produites par les soumissionnaires est en tout état de cause dénuée de pertinence.

7.4 S'agissant de l'appréciation des références, la recourante a reçu douze points sur soixante pour chacune de ses trois références, soit un point chacune, qu'il faut multiplier par un facteur de pondération de douze (dos. préf. 94). Quant à l'intimée n° 2, elle s'est vu attribuer un total de 60 points pour chacune de ses trois références, ce qui correspond au maximum de points pour ce critère (dos. préf. 197). Autrement dit, le pouvoir adjudicateur a considéré que les références de la recourante présentaient peu d'indications ou étaient peu précises, contrairement à celles de l'intimée n° 2, qui étaient similaires par rapport à l'objet de manière qualitative et quantitative (voir la grille d'évaluation; dos. préf. 94 et 131; c. 7 ci-dessus). Il convient dès lors d'examiner si l'évaluation des références de la recourante et de celles de l'adjudicataire est restée dans les limites du pouvoir d'appréciation de la commune, tout en rappelant une fois encore que le TA doit faire preuve d'une retenue particulière, notamment lorsqu'une telle appréciation suppose des connaissances

techniques, comme l'a relevé à bon droit la préfète (c. 5.2 de la décision attaquée; ATF 125 II 86 c. 6).

7.4.1 Il émane tout d'abord du cahier des charges de l'appel d'offres que les références devaient être récentes (dos. préf. 87). En d'autres termes, celles-ci ne devaient pas être plus anciennes que 5 ans au moment du dépôt de l'offre. Dans le cas présent, les trois références prises en compte de la recourante remplissent cette condition (dos. préf. 14-17). Quant à la similarité des trois références avec l'objet mis ici en soumission, il y a lieu de constater à leur lecture qu'aucune de celles-ci ne visent un établissement scolaire neuf, ni un bâtiment Minergie. En effet, les trois références ne présentent aucune labellisation et deux de celles-ci ont pour objet une villa, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par la recourante (dos. préf. 14-16). La première référence intitulée "*Remplacement des installations de chauffage d'un collège à G._____*" décrit certes un bâtiment scolaire. Toutefois, la condition de la nouveauté lui fait défaut (dos. préf. 17). S'agissant de l'installation de ventilation, se basant sur une recommandation de l'Office fédéral de la santé publique ayant trait à la planification de la ventilation lors de la construction ou de la rénovation de bâtiments scolaires (voir en particulier p. 6 de ladite recommandation; dos. préf. 361-390), la commune a, par l'intermédiaire du bureau d'architecture mandaté, expliqué de manière convaincante son importance dans le cadre d'un bâtiment scolaire qui nécessite des connaissances particulières dépassant le cadre d'une simple labellisation (dos. préf. 391-394), ce qui est d'ailleurs souligné par la préfecture (c. 5.3 de la décision attaquée). Le cahier des charges décrit à ce propos plusieurs positions du code de frais de construction (CFC; voir notamment CFC 244.1, 244.2, 244.3 et 245.1; dos. préf. 44). Or force est de constater qu'aucune des trois premières références de la recourante ne décrit un système de ventilation. Pour ce qui est de l'installation de chauffage, la recourante a présenté une chaudière à bois déchiqueté de 100 kW alimentée par un silo extérieur de 50 m³, une installation solaire photovoltaïque d'une puissance de 11,8 kW, ainsi qu'une pompe à chaleur sol/eau de 9 kW alimentée par trois forages géothermiques et 30 m² de panneaux solaires hybrides (dos. préf. 14-17). La commune, toujours par l'intermédiaire de son bureau d'architecture, a estimé que la technologie de production de chaleur à bois était courante et

ne requérait pas de connaissances particulières, de sorte qu'elle n'a pas jugé nécessaire de le démontrer par le dépôt de références. Au contraire, elle a accordé un point prépondérant à la distribution de la chaleur et sa programmation, respectivement sa régulation (dos. préf. 393), ce qui ressort d'ailleurs du cahier des charges (voir notamment les positions CFC 243.1, 243.2, 243.4 et 249.1; dos. préf. 45-46). Une telle appréciation n'est en rien insoutenable. La recourante ne démontre nullement le contraire et se contente d'alléguer sur ce point qu'un projet de chaudière à plaquettes nécessite des compétences particulières et qu'elle est membre de l'organisation faîtière "Energie Bois suisse". En outre, les références de la recourante ne font nullement mention de système de mesures, de commandes et régulations (MCR) ou de distribution de chaleur. La recourante tente aussi de tirer argument du fait qu'elle est partenaire Minergie pour démontrer ses compétences, d'une part, dans la perspective d'une labellisation du projet et, d'autre part, dans le domaine du chauffage-ventilation, invoquant à cet égard connaître la technique relative à la ventilation contrôlée à double flux. Ce faisant, la recourante perd de vue la distinction entre les critères d'aptitude et d'adjudication. En effet, la jurisprudence du TF impose de distinguer les critères d'adjudication (ou d'attribution) qui se rapportent directement à la prestation elle-même et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie, des critères d'aptitude (ou de qualification) qui visent à évaluer les capacités financières, économiques, techniques et organisationnelles des candidats (ATF 139 II 489 c. 2 et les références citées, 129 I 313 c. 8.1 et les références citées; voir aussi ETIENNE POLTIER, *op. cit.*, n. 321 ss). Ainsi, le fait d'être en particulier "*Partenaire spécialiste Minergie*" n'est pas décisif puisque cela ne se rapporte pas directement à la prestation elle-même mais à l'entreprise soumissionnaire, et le cahier des charges ne l'exigeait pas en tant que critère d'aptitude (dos. préf. 88), comme l'avait d'ailleurs relevé l'intimée n° 2 (dos. préf. 140). La même conclusion s'impose pour ce qui est des compétences alléguées par la recourante en matière d'énergie solaire, thermique et photovoltaïque. A toutes fins utiles, on relèvera que la recourante, en alléguant détenir les meilleures références en comparaison de celles des autres soumissionnaires, alors qu'elle a aussi affirmé que les références s'apprécient sur la base des critères d'adjudication (voir p. 19 et

24 ss du recours), semble se contredire et perdre de vue que l'évaluation des offres et l'attribution des notes s'apprécient uniquement sur la base des critères d'adjudication (JAB 2019 p. 201 c. 3.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, n. 859 s), bien que le TF admette que cette appréciation comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 c. 6). Au vu de tous ces éléments, les notes attribuées aux références de la recourante n'apparaissent nullement infondées.

7.4.2 Quant à l'appréciation des références de l'adjudicataire, il sied de relever à leur lecture que celles-ci ont chacune pour objet un nouvel établissement scolaire et sont âgées de moins de 5 ans (dos. préf. 186-188). Par ailleurs, l'ensemble des références sont des bâtiments "Minergie" et labellisées, à l'exception de la troisième référence qui n'est pas certifiée (dos. préf. 186). S'agissant du système de ventilation, elles décrivent chacune une installation d'aération contrôlée à double flux. Pour ce qui est de la production de chaleur, les trois références présentent une sous-station de chauffage raccordée sur le chauffage à mazout du site existant, étant précisé que celui-ci sera remplacé et raccordé à terme à une chaufferie à bois (dos. préf. 188), une sous-station de chauffage raccordée à un réseau de chauffage à distance (dos. préf. 187), ainsi qu'une chaudière à pellets (dos. préf. 186). À cet égard, la recourante critique en substance qu'aucune des références de l'adjudicataire ne porte sur la conceptualisation de chaudière à plaquette de bois ou à l'énergie solaire et que deux de celles-ci portent sur un système de chauffage à distance. Comme mentionné au considérant 7.4.1 ci-dessus, dans le cadre de son large pouvoir d'appréciation, l'autorité adjudicatrice a mis l'accent sur la distribution de chaleur et sa programmation. Or les trois références de l'adjudicataire font justement état de distribution de chaleur et ainsi que de systèmes MCR (dos. préf. 186-184). Il n'est à cet égard certes pas exclu qu'une autre appréciation eût été envisageable, voire préférable. Cela ne suffit néanmoins pas à faire apparaître celle qui a finalement été choisie par l'autorité adjudicatrice comme étant insoutenable, compte tenu du pouvoir d'appréciation dont elle dispose (voir c. 7.2 ci-dessus). Ainsi, compte tenu de ces éléments, en attribuant les notes maximales de 5 à chacune

des références de l'adjudicataire, l'évaluation de la commune ne paraît pas infondée.

7.4.3 Au vu de tout ce qui précède et comme l'a retenu à bon droit la préfète, en attribuant les notes de 1 à chacune des trois premières références déposées par la recourante et les notes maximales de 5 à celles de l'adjudicataire, l'évaluation des références par la commune ne saurait être qualifiée d'arbitraire, ni résulter d'un abus de son pouvoir d'appréciation. Au surplus, bien que cela ne soit pas déterminant, on relèvera que la prise en compte des autres références (n^{os} 4-9) de la recourante n'aurait vraisemblablement rien changé au résultat. En effet, aucune de celles-ci ne porte sur un bâtiment scolaire neuf et labellisé.

Cela étant, il n'y a pas lieu d'examiner en détail les arguments développés par la recourante concernant les références déposées par les autres soumissionnaires et le fait que le pouvoir adjudicateur aurait ignoré l'un de ses propres critères d'adjudication en ne leur adjugeant pas le marché. On se limitera à constater qu'il paraît effectivement étonnant que certaines références présentées par les deux autres candidats soumissionnaires aient obtenu la note maximale de 5 alors que celles-ci étaient indéniablement plus anciennes que 5 ans (dos. préf. 191, 193 et 194).

8.

8.1 La recourante invoque encore la nullité des décisions formelles d'adjudication du 20 [recte: 19] août 2019 en raison d'un rabais d'adjudication concédé par l'intimée n° 2 du fait qu'un appel d'offres concernant les installations sanitaires du nouveau bâtiment scolaire lui a également été adjugé. La recourante y voit également une violation du principe de l'égalité de traitement dans la mesure où elle aurait aussi pu offrir l'exécution des travaux d'installations sanitaires.

8.2 Selon l'art. 11 let. a AIMP en relation avec l'art. 5 al. 1 LMI, la non-discrimination et l'égalité de traitement entre les soumissionnaires doivent être respectées lors de la passation d'un marché. Les concurrents admis à participer à un marché doivent être traités de manière non discriminatoire.

Concrètement, cela implique que le pouvoir adjudicateur doit adopter les mêmes critères (d'aptitude et d'adjudication) pour l'ensemble des concurrents et que ces critères ne doivent pas défavoriser, de manière indirecte, les offreurs externes. La pondération des critères doit également être arrêtée de manière non discriminatoire. L'échelle d'évaluation des offres, pour l'application de ces critères, doit en outre être la même pour l'ensemble des candidats; enfin, l'entité adjudicatrice doit appliquer cette échelle à tous les soumissionnaires de la même manière. Le principe de non-discrimination se rattache principalement à l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst. et 10 al. 1 ConstC) et à la liberté économique (art. 27 Cst. et 23 ConstC; ETIENNE POLTIER, *op. cit.*, n. 267).

8.3 En l'occurrence, l'intimée n° 2 a informé l'autorité adjudicatrice par courrier du 10 avril 2019 (dos. préf. 121), soit avant l'adjudication, qu'en cas d'obtention du marché, elle procéderait à une réduction du prix de son offre ("facteur de groupe de 0.9"). Le montant total net de l'offre s'élevait initialement à Fr. 171'043.75. Compte tenu du facteur susmentionné, le montant de l'offre a été réduit à Fr. 153'939.40. En corollaire, le nombre de points attribué à cette offre a augmenté, passant de 369.24 points à 381.64 points. À titre de comparaison, l'offre de la recourante, qui se montait à Fr. 132'944.35.-, avait été créditée de 348 points. Force est donc de relever que nonobstant ce facteur de réduction, la recourante n'aurait en tout état de cause pas obtenu le marché. Dès lors, nul n'est besoin d'examiner en l'occurrence la question de l'admissibilité d'un "rabais d'adjudication". À toutes fins utiles, il y a lieu de souligner qu'en procédure sur invitation, le pouvoir adjudicateur détermine, sans publication, quels soumissionnaires il souhaite inviter directement à présenter une offre, et que la concurrence est limitée aux soumissionnaires invités que le pouvoir adjudicateur juge capables d'exécuter l'objet de l'appel d'offres en temps voulu et de manière appropriée. Il n'existe donc pas un droit pour la recourante de participer à la procédure d'appel d'offres sur invitation qui avait pour objet les installations sanitaires du nouveau bâtiment scolaire (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, n. 636 et n. 353; DOMINIK KUONEN, *Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht*, 2004, p. 114 et 124; VGE 2016/48 du 13 mai 2016 c. 4.1).

9.

9.1 Dans son ultime grief, s'agissant du critère relatif à la formation des apprentis, la recourante se plaint d'une violation du droit ainsi que d'une constatation inexacte des faits par le pouvoir adjudicateur. Elle fait valoir en substance que la production d'une liste des apprentis en formation n'était pas requise au moment du dépôt de l'offre. Elle allègue en outre que deux étudiants effectuaient leur stage en son sein et qu'une place d'apprentissage était à repourvoir pour août 2019, le contrat ayant été signé le 29 mai 2019. De l'avis de la recourante, le pouvoir adjudicataire est tombé dans l'arbitraire et le formalisme excessif en lui attribuant la note 1 et elle mériterait la note 5, étant donné que 30% de son personnel est en formation.

9.2 La pratique en matière de marchés publics n'exclut pas le recours à des critères d'adjudication sociaux ou environnementaux qui n'ont pas de lien direct avec les prestations faisant l'objet du marché en cause, dès lors que ceux-ci sont prévus par une disposition légale. Dans ce contexte, le TF, tout en relevant que la question était controversée, n'a pas interdit la prise en compte du critère des apprentis, dans la mesure où celui-ci était expressément prévu par le droit cantonal (ATF 140 I 285 c. 7.1 et les références citées). En droit bernois, le droit des soumissions ne mentionne des critères qui n'ont pas de lien direct avec les prestations faisant l'objet du marché en cause qu'en lien avec les critères d'aptitudes, à l'exclusion des critères d'adjudication (art. 16 al. 2 OCMP; CHRISTOPH JÄGER, *op. cit.*, p. 851 n. 137; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, n. 917 ss; voir aussi ETIENNE POLTIER, *op. cit.*, n. 329). Le critère de la formation en apprentissage n'étant pas lié à l'attribution des marchés, celui-ci doit être traité de manière restrictive. En principe, son application ne doit pas être étendue pour des raisons sociopolitiques. Par conséquent, selon la pratique, seuls les apprentis au sens strict sont à prendre en compte pour ce critère, à l'exclusion d'une autre formation (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, n. 929 ss et les références citées).

9.3 En l'occurrence, il émane du cahier des charges que le soumissionnaire devait fournir une liste des apprentis au siège du soumissionnaire qui dépose l'offre (dos. préf. 87). L'échelle de note utilisée

par le pouvoir adjudicateur, accompagnée de l'annexe T7 du Guide romand pour les marchés publics (dos. préf. 130), attribuait les points de la manière suivante:

"2.3.4 Formation d'apprentis:

<i>En formation, en proportion du personnel de l'entreprise</i>	
<i>0 ou pas d'indication</i>	<i>0</i>
<i>< à 10%</i>	<i>1</i>
<i>11 à 15 %</i>	<i>2</i>
<i>16 à 20%</i>	<i>3</i>
<i>21 à 25%</i>	<i>4</i>
<i>> 25%</i>	<i>5"</i>

Il sied de relever que le critère relatif à la formation des apprentis n'est pas remis en cause par la recourante, comme le relève à bon droit la préfète (c. 3.1 de la décision attaquée). Ainsi, il n'y a pas lieu d'examiner plus en détail l'admissibilité d'un tel critère adjudication (art. 11 al. 2 let. a LCMP; voir aussi art. 84 al. 2 LPJA). Il n'est pas non plus contesté par la recourante qu'au moment du dépôt de l'offre et à celui de l'adjudication, cette dernière, qui employait neuf collaborateurs dont deux stagiaires, ne présentait pas d'apprenti au sein de son entreprise, étant toutefois précisé qu'un contrat d'apprentissage était en cours de préparation et a finalement été signé le 23 mai 2019 (dos. préf. 2, 52 et 65; PJ rec. 17). Or si l'on prend en considération la conclusion du contrat d'apprentissage survenue postérieurement à l'adjudication du 16 avril 2019, comme le souhaite la recourante, l'entreprise serait composée d'un apprenti sur ses dix collaborateurs, ce qui représente une proportion de 10%. Compte tenu du barème de notation, en attribuant la note de 1 à la recourante pour ce critère, la commune n'a dès lors ni violé le droit, ni fait un usage excessif ou abusif de son pouvoir d'appréciation; elle n'est pas non plus tombée dans l'arbitraire ni n'a fait preuve de formalisme excessif (au sujet de cette notion, voir notamment TF 2C_667/2018 du 7 mai 2019 c. 4 et les références citées). En effet, seuls les apprentis au sens strict du terme peuvent être pris en compte dans le critère d'attribution de la formation en apprentissage (voir c. 9.2 ci-dessus). Dans ce sens, le Tribunal cantonal de Schaffhouse a retenu que les personnes en préapprentissage ne pouvaient pas être considérées sous le critère de la formation des apprentis (OGE 60/2018/7 du 3 juillet 2018 c. 3.4.1 et 3.4.4, in: DUBEY/HÜRLIMANN, *La jurisprudence en marchés publics entre 2018 et 2020*, in: ZUFFEREY/

BEYELER/SCHERLER [édit.], *Marchés publics 2020*, vol. 42, 2020, p. 149 n. 192; en ce sens également arrêt du Tribunal cantonal du canton de Zurich VB.2003.00268 du 21 avril 2004 c. 4.3). Sur cette question, la recourante se prévaut d'un arrêt vaudois (arrêt de la Cour de droit administratif et public du canton de Vaud MPU.2009.0020 du 15 juin 2010 c. 10 = BR/DC 2010 p. 221, n° S71) dans lequel il a été jugé qu'au regard de l'art. 37 al. 2 du règlement d'application de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; RSV 726.01.1), l'adjudicatrice ne saurait limiter le critère de la formation professionnelle à la prise en compte des apprentis, soit des jeunes en formation professionnelle initiale, mais doit l'étendre à l'ensemble des personnes en formation professionnelle au sens de la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle (LFPr; RS 412.10). La jurisprudence vaudoise en question ne saurait toutefois influencer en faveur de la recourante sur l'issue du présent litige, dans la mesure où la disposition vaudoise précitée concerne les critères d'adjudication et que le droit bernois des soumissions ne connaît pas de règle identique, contrairement à ce qu'allègue la recourante. En effet, bien qu'il soit fait mention de prestations particulières en matière de formation professionnelle pour juger de l'aptitude d'un soumissionnaire, l'art. 16 al. 2 OCMP concerne les critères d'aptitudes et non pas les critères d'adjudications. Pour le surplus, bien que la commune et le bureau d'architecture mandaté par celle-ci aient mentionné l'annexe T7 du Guide romand pour les marchés publics (mémoire de réponse du 14 mai 2019 dans la procédure de recours devant la préfecture; dos. préf. 118-136) et que ce document indique notamment que "*pour calculer le nombre d'apprentis à prendre en compte, on cumulera le nombre d'apprentis formés pour chacune des 5 dernières années [...]*" (dos. préf. 130), il faut relever que ce document a valeur de recommandation et n'est, dès lors, pas contraignant. À cet égard, le Guide romand pour les marchés publics précise aussi l'éventualité pour le pouvoir adjudicateur d'adapter les annexes pour en faire une version qui lui est propre (Guide romand pour les marchés publics, édition du 1^{er} mai 2020, *Introduction*, p. 6). Ainsi, la prise en compte en l'occurrence par l'autorité adjudicatrice d'une seule année au lieu des cinq dernières années proposées par le Guide romand pour les marchés publics (désormais quatre années selon l'annexe T6 de la nouvelle édition du Guide romand

du 1^{er} mai 2020) échappe à la critique. Partant, ce dernier grief invoqué par la recourante s'avère également infondé.

10.

10.1 Au vu de l'ensemble de ce qui précède, la préfète n'a dès lors pas violé le droit en considérant qu'il n'y avait pas lieu de remettre en cause l'évaluation des offres à laquelle l'intimée n° 1 avait procédé et en rejetant le recours interjeté devant elle par A. _____ SA. Partant, le recours de droit administratif introduit par cette dernière doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable.

10.2 Les frais de la présente procédure, fixés forfaitairement à Fr. 6'000.-, sont mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 108 al. 1 LPJA). Ils sont compensés avec l'avance de frais versée par celle-ci.

10.3

10.3.1 Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens relatifs à la présente procédure principale (art. 104 et 108 al. 3 LPJA). En effet, d'une part, la commune, n'a pas droit au remboursement de ses dépens en procédure de recours, puisqu'elle a agi dans le cadre de ses prérogatives publiques, qu'elle n'a pas pris de conclusion en ce sens et qu'elle n'était pas représentée par un mandataire professionnel (art. 104 al. 3 et 4 LPJA ; HERZOG/DAUM, *Die Umsetzung der Rechtsweggarantie im bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege*, in JAB 2009 p. 1 ss, p. 20-21). D'autre part, l'intimée n° 2 a renoncé à participer à la procédure et à prendre des conclusions, et n'était pas non plus représentée par un avocat.

10.3.2 Concernant la procédure incidente d'octroi de l'effet suspensif, le juge instructeur a renvoyé la liquidation des frais et dépens au jugement au fond (voir ch. 4 de l'ordonnance et décision incidente du 11 mai 2020). Il convient dès lors de statuer sur ce point. Les frais de procédure relatifs à cette procédure incidente ne peuvent être mis ni à la charge de la commune (art. 108 al. 2 LPJA) ni à la charge de la recourante qui avait obtenu gain de cause. Celle-ci peut prétendre à des dépens (art. 108 al. 3

LPJA). La note d'honoraires produite le 10 septembre 2020 par le mandataire de la recourante s'élève au total à 8'543,67 pour la présente instance, somme comprenant l'activité déployée lors de la procédure relative à l'ordonnance et décision incidente (Fr. 2'288,58, taxes et frais inclus). Au cas présent, il se justifie de mettre à la charge de l'intimée n° 1 une participation forfaitaire à ses dépens de Fr. 2'000.-.

11.

Les décisions concernant les marchés publics ne peuvent faire l'objet d'un recours en matière de droit public au TF que si les seuils mentionnés à l'art. 83 let. f ch. 1 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110) sont atteints et si, cumulativement, se pose une question juridique de principe au sens du ch. 2 de l'art. 83 let. f LTF (ATF 133 II 396 c. 2.1 et 2.2; voir aussi TF 2C_287/2007 du 10 septembre 2007 c. 1.1). La valeur estimée du mandat (communal, de construction, procédure sur invitation) à attribuer concernée par le présent jugement (valeur moyenne des offres nettes en l'espèce: Fr. 159'148.15.-, voir tableau d'évaluation des offres; dos. préf. 94) n'atteint les valeurs-seuils ni selon les dispositions de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 175.056.1; art. 6 al. 1), ni selon les dispositions de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics [RS 0.172.052.68] art. 3 ch. 4). Le présent jugement se limite dès lors à indiquer le recours constitutionnel subsidiaire comme voie de droit. Si la recourante estime toutefois que les seuils mentionnés à l'art. 83 let. f ch. 1 LTF sont atteints et pour autant que soit également remplie la seconde condition cumulative précitée (question juridique de principe), elle peut interjeter un recours en matière de droit public.

Par ces motifs:

1. Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.
2. Les frais de procédure, fixés forfaitairement à Fr. 6'000.-, sont mis à la charge de la recourante et compensés avec l'avance de frais fournie.
3. L'intimée n° 1 versera à la recourante la somme de Fr. 2'000.- à titre de participation forfaitaire à ses dépens.
4. Il n'est pas alloué de dépens aux intimées n° 1 et n° 2.
5. Le présent jugement est notifié (R):
 - à la recourante, par son mandataire,
 - à l'intimée n° 1,
 - à l'intimée n° 2,
 - à la préfecture du Jura bernois.

Le président:

Le greffier:

Voie de recours

Dans les 30 jours dès sa notification, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours constitutionnel subsidiaire auprès du Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, au sens des art. 39 ss et 113 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110)