



**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 2026 78

Arrêt du 14 septembre 2026

II^e Cour administrative

Composition

Président :

Johannes Frölicher

Juges :

Anne-Sophie Peyraud, Vanessa Thalmann

Greffière :

Magalie Bapst

Parties

A. _____ SA, recourante,

contre

COMMUNE DE SÂLES, autorité intimée,

B. _____ SA, intimée

Objet

Marchés publics - Irrecevabilité

Recours du 4 mai 2026 contre la décision du 22 avril 2026

considérant en fait

A. Le 26 février 2026, la Commune de Sâles a invité quatre entreprises à déposer une offre pour la rénovation et la transformation d'une habitation individuelle avec couvert à voitures et réduit. A. _____ SA et B. _____ SA ont déposé chacune une offre.

B. Par décision du 22 avril 2026, la commune a adjugé le marché à B. _____ SA pour un montant total de CHF 739'512.- TTC [*recte*: CHF 793'562.- TTC]. Cette décision a été communiquée à A. _____ SA.

C. Par mémoire du 4 mai 2026, A. _____ SA recourt contre cette décision auprès du Tribunal cantonal, en concluant, implicitement, à l'annulation de la décision attaquée et à ce que le marché lui soit adjugé. Elle fait valoir que le dossier de soumission ne lui a pas été transmis dans son entier, l'annexe R14 faisant défaut. Elle soutient également que son offre est la plus avantageuse et s'interroge sur la note qu'elle a obtenue pour le critère n° 5.

Par mesure provisionnelle urgente du 6 mai 2026 (602 2026 83), la Juge déléguée à l'instruction a interdit toute mesure d'exécution de la décision attaquée (conclusion du contrat).

D. Dans ses observations du 22 mai 2026, la commune conclut au rejet du recours. Pour l'essentiel, elle explique que A. _____ SA, qui a proposé l'offre la moins chère, a obtenu la meilleure note pour le prix, selon la méthode d'évaluation annoncée. S'agissant de l'annexe R14 que la précitée n'aurait pas reçue, elle explique que le critère n° 3 intitulé "Qualité technique de l'offre – Annexe R14" était expressément mentionné dans le tableau des critères d'adjudication, avec sa pondération de 20%, de sorte que son importance était identifiable pour tout soumissionnaire. Ainsi, la recourante aurait pu signaler l'absence de l'annexe R14 et demander un complément, ce qu'elle n'a pas fait. La commune précise que, quand bien même la recourante n'a pas déposé l'annexe R14, elle n'a pas non plus remis de document équivalent permettant d'évaluer la qualité technique de son offre, ce qui justifie la note 0 qui lui a été attribuée. Elle explique en outre les raisons pour lesquelles elle considère l'offre de l'adjudicataire meilleure. S'agissant du critère n° 5, elle explique que la différence de notation entre les deux offres résulte de la capacité en personnel pour assumer l'ampleur du marché. Enfin, l'autorité intimée conteste toute inégalité de traitement.

Dans sa détermination du 22 mai 2026, l'intimée explique que le critère n° 3 intitulé "Qualité technique de l'offre – Annexe R14" était expressément mentionné dans le dossier d'appel d'offres et que la recourante aurait dû demander l'annexe R14, sans toutefois prendre de conclusions formelles.

Par détermination spontanée du 19 juin 2026, la recourante conclut formellement à l'annulation de la décision attaquée et, principalement, à ce que le marché lui soit adjugé; subsidiairement, elle demande le renvoi de la cause à l'autorité intimée pour instruction complémentaire et nouvelle décision. Pour l'essentiel, elle rappelle ne pas avoir reçu l'annexe R14, contrairement à l'adjudicataire, ce qui conduit à une inégalité de traitement. Elle explique aussi avoir réalisé le projet et l'étude de dossier, de sorte que la commune avait connaissance de tous les éléments du projet. S'agissant de la capacité en personnel, elle précise avoir indiqué l'effectif du bureau mais non de l'entreprise dans sa totalité, ainsi que le nombre d'apprentis actuellement en formation et non ceux des quatre dernières années. Enfin, elle souligne encore que son offre est la moins chère.

Par détermination spontanée du 9 juillet 2026, la commune maintient ses conclusions. Pour l'essentiel, elle soutient qu'elle n'avait pas à examiner d'autres documents que ceux remis dans le cadre de la procédure de soumission et rappelle qu'il appartenait à la recourante de signaler tout document manquant dans le dossier d'appel d'offres. Par ailleurs, elle affirme que la recourante ne peut plus compléter, dans le cadre de la présente procédure de recours, les indications figurant dans son dossier de soumission et rappelle avoir tenu compte du prix de son offre dans son évaluation.

La recourante s'est encore exprimée de manière spontanée le 22 juillet 2026.

Invitée à se déterminer sur l'utilisation actuelle et future du bâtiment concerné par les travaux de rénovation et de transformation faisant l'objet du marché litigieux, la commune a indiqué, par courrier du 3 août 2026, qu'il s'agit d'une habitation de quatre pièces avec un garage individuel, louée à un particulier. Cette affectation demeurera identique une fois les travaux de rénovation réalisés. En particulier, elle a précisé qu'il n'était pas prévu d'utiliser le bâtiment pour des besoins communaux. Elle a encore relevé que ledit bâtiment figure dans l'inventaire des immobilisations de son patrimoine financier. Le courrier en question a été transmis aux parties pour information le 5 août 2026.

Aucun autre échange d'écritures n'a été ordonné entre ces dernières.

Il sera fait état des arguments développés par elles 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. Selon l'art. 16 al. 1 du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1), le Tribunal de céans examine d'office s'il est compétent. La compétence des autorités est déterminée par la loi et ne peut pas être créée ou modifiée par accord entre l'autorité et les parties (art. 15 CPJA).

L'art. 19 al. 1 de la loi fribourgeoise du 2 février 2022 sur les marchés publics (LCMP; RSF 122.91.1) prévoit que les décisions prises en application de l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019; RSF 122.91.3), de la LCMP et de sa réglementation d'exécution sont sujettes à recours conformément au CPJA. Selon l'art. 114 al. 2 let. a CPJA, le Tribunal cantonal connaît des recours si une loi le prévoit. Selon l'art. 52 al. 1 AIMP 2019, les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif cantonal en tant qu'instance cantonale unique, à tout le moins, lorsque la valeur du marché atteint la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation.

Selon la jurisprudence, le pouvoir adjudicateur n'a pas la possibilité de soumettre volontairement un marché au droit des marchés publics. S'il peut certes lancer un appel d'offres et solliciter des offres, même dans des domaines qui ne sont pas soumis à la législation en matière de marchés publics, la décision résultant de cette démarche n'est toutefois pas susceptible de recours (arrêt TC ZU VB.2007.00531 du 1^{er} octobre 2008 consid. 3.2 et 4; cf. ég. arrêts TAF B-2192/2018 du 12 juin 2018 consid. 3.2; TC GE ATA/112/2018 du 6 février 2018 consid. 6).

Sont des décisions au sens de l'art. 4 al. 1 CPJA les mesures de caractère obligatoire prises dans un cas d'espèce en application du droit public et qui ont pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou le contenu de droits ou d'obligations (let. b) ou de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (let. c).

En l'espèce, il y a lieu d'examiner à titre liminaire la recevabilité du présent recours. Cette question dépend en réalité de celle de savoir si la décision du 22 avril 2026 rendue par l'autorité intimée est une décision fondée sur le droit public, en particulier sur la législation en matière de marchés publics.

1.2. Selon l'art. 8 al. 1 AIMP 2019, un marché public est un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique. Il est caractérisé par sa nature onéreuse ainsi que par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire.

L'*accomplissement d'une tâche publique* est un premier élément clé de la définition d'un marché public. Constituent des *tâches publiques* toutes les tâches que l'État doit accomplir en vertu d'une norme juridique (cf. Message-type du 8 septembre 2022 de l'autorité intercantonale pour les marchés publics relatif à l'AIMP 2019 [message AIMP 2019], p. 33). La notion de tâche publique doit être définie largement et englobe toutes les activités qui favorisent un intérêt public, sans être nécessairement elles-mêmes des tâches publiques à proprement parler (ATF 135 II 49 consid. 5.2.2). Les marchés permettant d'accomplir des tâches qui servent uniquement des intérêts privés ne sont, eux, pas soumis au droit des marchés publics (message AIMP 2019, p. 33 s., cf. arrêt TF 2C_198/2012 du 16 octobre 2012 consid. 5). Une collectivité publique n'est ainsi pas assujettie au droit des marchés publics lorsqu'elle se procure des travaux ou d'autres services tendant à la construction ou à la rénovation de biens appartenant à son patrimoine financier (DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, 2^e éd. 2025, n. 1969; cf. ATF 145 II 252 consid. 5.1).

1.3. En vertu de l'art. 3 al. 1 de la loi fribourgeoise du 22 mars 2018 sur les finances communales (LFCo; RSF 140.6), le patrimoine *financier* [de la commune] comprend tous les actifs qui peuvent être aliénés sans porter préjudice à l'accomplissement des tâches publiques, la tâche pouvant être imposée ou choisie librement (let. a). Le patrimoine *administratif* groupe les valeurs du patrimoine qui servent directement à accomplir les tâches publiques et qui ne peuvent être cédées sans compromettre la réalisation de la tâche, cette dernière pouvant être imposée ou librement choisie (let. b).

Relèvent ainsi du patrimoine *administratif* de l'État toutes les choses publiques servant directement, c'est-à-dire par leur utilisation en tant que telle, à remplir une tâche publique. En font partie les immeubles qui abritent les écoles, les hôpitaux, les gares, les musées, les bibliothèques et, de manière générale, les établissements publics et les services administratifs de l'État (ATF 143 I 37 consid. 6.1 et les références citées). La gestion du patrimoine administratif a pour but la réalisation de tâches publiques (arrêts TF 1C_379/2014 du 29 janvier 2015 consid. 5.3; TC GE ATA/112/2018 du 6 février 2018 consid. 2d). Appartiennent en revanche au patrimoine *financier* de l'État les biens qui ne servent qu'indirectement, soit grâce à leur valeur en capital et à leur rendement, à remplir des tâches publiques et pouvant, à ce titre, produire un revenu, voire être réalisés. L'administration du patrimoine financier n'est pas soumise aux prérogatives de puissance publique mais au droit privé (ATF 145 II 252 consid. 5.1). Lorsque l'État gère son patrimoine financier, il agit comme un particulier et n'accomplit pas une tâche publique (arrêts TF 4A_250/2015 du 21 juillet 2015 consid. 4.1; 1C_379/2014 du 29 janvier 2015 consid. 5.3).

1.4. En l'espèce, le bâtiment concerné par les travaux de rénovation et de transformation faisant l'objet du marché litigieux est affecté à la location et le demeurera après les travaux de rénovation. Aucune utilisation publique n'en est faite ni n'en sera faite. En particulier, l'habitation louée n'est pas destinée à devenir un logement social. Il figure en outre dans l'inventaire des immobilisations du patrimoine financier de la commune.

La location du bâtiment en question n'est pas une tâche publique et ne permet pas de réaliser une telle tâche, ni d'atteindre un intérêt public. Elle vise uniquement l'obtention d'un rendement financier.

Par conséquent, en l'absence de la réalisation d'une tâche publique et de la poursuite d'un intérêt public, le bâtiment concerné par les travaux de rénovation et de transformation faisant l'objet du litige, propriété de la commune, loué à un privé, fait partie du patrimoine *financier* de cette dernière. Elle n'est, partant, pas assujettie au droit des marchés publics.

1.5. Il résulte de ce qui précède que l'attribution par la commune du marché qui n'est pas soumis au droit des marchés publics n'est pas une décision fondée sur le droit public au sens de l'art. 4 al. 1 CPJA, plus particulièrement sur le droit des marchés publics au sens de l'AIMP 2019, mais qu'elle relève du droit privé. Elle n'est donc pas sujette à recours (art. 19 al. 1 LCMP *a contrario*).

Par conséquent, à défaut de décision, le recours est irrecevable.

2.

2.1. Selon l'art. 131 CPJA, en cas de recours ou d'action, la partie qui succombe supporte les frais de procédure (al. 1). Des frais peuvent être mis à la charge de la partie qui obtient gain de cause si elle les a occasionnés sans nécessité, par sa faute ou en violation des règles de procédure (al. 2). L'art. 133 CPJA prévoit que des frais de procédure ne peuvent pas être exigés de la Confédération, de l'Etat, des communes et d'autres personnes morales de droit public, ainsi que des particuliers et des institutions privées chargés de tâches de droit public, à moins que leurs intérêts patrimoniaux ne soient en cause.

D'après la jurisprudence, la notion d'intérêts patrimoniaux recouvre les cas où la collectivité publique agit comme un simple particulier et/ou les cas où sont en cause des intérêts faisant partie de son patrimoine financier, et non pas administratif (arrêt TC FR 602 2022 185 du 14 décembre 2022 consid. 4.2).

En l'occurrence, la commune a occasionné les frais de procédure par sa faute, en recourant de manière erronée à une procédure de marchés publics et en munissant de voies de droit son courrier par lequel elle a attribué les travaux de rénovation et de transformation portant sur un bâtiment faisant partie de son patrimoine financier. Dans la mesure où ses intérêts patrimoniaux sont en cause, elle ne bénéficie pas de l'exonération prévue par l'art. 133 CPJA et doit par conséquent supporter les frais de procédure, fixés à CHF 1'000.-.

2.2. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie (cf. art. 137 CPJA *a contrario*). L'intimée n'y a pas droit non plus, dès lors qu'elle n'est pas représentée par un mandataire professionnel.

(dispositif en page suivante)

la Cour arrête :

- I. Le recours est déclaré irrecevable.
- II. Les frais de procédure, fixés à CHF 1'000.-, sont mis à la charge de la commune.
- III. L'avance de frais de CHF 3'000.- versée par la recourante lui est restituée.
- 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 14 septembre 2026/ape/mab

Le Président

La Greffière