

FR_GERICHTE 602 2023 78 vom 27. September 2023

FR Kantonsgericht, 2023-09-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2023_78

FR: FR_GERICHTE 602 2023 78 du 27 septembre 2023

IT: FR_GERICHTE 602 2023 78 del 27 settembre 2023

Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

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) –, est entrée en vigueur le 1er janvier 2023. Les procédures qui ont été lancées avant l'entrée en vigueur de l'AIMP 2019 et de la LCMP demeurent soumises à l'ancien droit (cf. art. 20 al. 1 LCMP et art. 64 al. 1 AIMP 2019). En l'espèce, la publication sur Simap ayant eu lieu le 25 novembre 2022, il y a lieu de continuer à appliquer ci-après les règles découlant de l'ancienne loi cantonale du 11 février 1998 sur les marchés publics (aLMP), de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP 1994; RSF 122.91.2) et de l'ancien règlement cantonal du 28 avril 1998 sur les marchés publics (aRMP). Cela étant, la recourante fonde une partie de son argumentation sur la loi du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1) qui n'est pas applicable en l'espèce, à défaut d'autorités et d'unités de l'administration fédérales (cf. art. 1 et 4 LMP).

E. 1.2

Déposé dans le délai et les formes prescrits et l'avance de frais ayant été versée dans le délai imparti, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 2 al. 1 aLMP.

Tribunal cantonal TC Page 5 de 16 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 (cf. ATF 141 II 14 consid. 4). L'admission de ses griefs pourrait théoriquement conduire à une adjudication en sa faveur. Partant, le Tribunal cantonal peut entrer en matière sur les mérites du recours.

E. 1.3

Selon l'art. 16 al. 1 AIMP 1994, le recours devant le Tribunal cantonal 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 (let. b). Le Tribunal cantonal ne revoit pas le grief d'inopportunité (art. 78 al. 2 du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative [CPJA; RSF 150.1] et art. 16 al. 2 AIMP 1994). En outre, l'art. 96a 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 (al. 1). Tel est le cas en particulier des décisions relatives à l'évaluation du travail, des aptitudes et du comportement

d'une personne (al. 2 let. a). 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, 2014, p. 269).

E. 2

En l'espèce, on retrouve au ch. 4.6 du dossier d'appel d'offres les critères d'adjudication (références similaires, organisation prévue pour limiter le kilométrage et explication de la mise en place du service, flotte de véhicules mis à disposition, aspects innovants, prix) et leur pondération. Il est précisé que les critères d'adjudication sont mentionnés dans l'ordre d'importance et qu'ils sont, en plus de leurs sous-critères et de leur pondération, définitifs; qu'un critère d'adjudication peut être divisé en sous-critères d'adjudication; que lorsque l'adjudicateur détermine des sous-critères auxquels il attache une importance particulière ou qui sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent, il doit les communiquer par avance et indiquer leur pondération respective; et qu'il est fait exception à cette règle lorsque les sous-critères servent uniquement à concrétiser le critère d'adjudication publié (sous-critères dits "inhérents" au critère principal). Dans les conditions d'évaluation des offres, au ch. 4.7, il est indiqué qu'en cas de procédure ouverte, l'adjudicateur a décidé de ne pas noter les critères d'aptitude (critère rempli ou pas rempli) et de noter exclusivement les critères d'adjudication. En cas d'offres jugées équivalentes (égalité de point) entre deux ou plusieurs soumissionnaires pressentis pour être adjudicataires, l'adjudicateur peut favoriser l'entreprise ayant acquis la meilleure note sur le critère le plus fortement pondéré et, si les soumissionnaires concernés ont obtenu la même note, ainsi de suite de critère en critère, du plus important au moins important. Les critères d'adjudication sont les suivants:

Tribunal cantonal TC Page 6 de 16 Le ch. 4.8 du dossier d'appel d'offres mentionne que l'échelle des notes est de 0 à 5 (0 constituant la plus mauvaise note et 5 la meilleure note). A part pour l'évaluation du prix et du temps consacré (annexe R5) qui sera notée jusqu'au centième (par exemple 3.46), un critère ou sous-critère qualificatif sera noté jusqu'à la demi-note (par exemple 3,5). Il est rappelé qu'une évaluation d'un critère ou d'un sous-critère peut être faite autant en rapport avec les exigences du marché qu'en comparaison entre les soumissionnaires. Les appréciations générales déterminant chaque note se font selon l'échelle de note de l'annexe T1 du Guide romand pour les marchés publics (version du 1er mai 2020). En outre, la note attribuée à un critère est faite sur la base d'une analyse globale de l'ensemble des documents exigés par critère. Lorsqu'une information ou un document demandé n'est pas produit, l'adjudicateur se réserve le droit d'exclure l'offre de la procédure en raison de son caractère incomplet. Conformément à l'annexe T1 du Guide romand, la note 4 (bon et avantageux) correspond à un candidat ou soumissionnaire qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes et qui présente un minimum d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats ou soumissionnaires, ceci sans tomber dans la

surqualité ou la surqualification; la note 5 (très intéressant) à un candidat ou soumissionnaire qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu

Tribunal cantonal TC Page 7 de 16 répond aux attentes avec beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats ou soumissionnaires, ceci sans tomber dans la surqualité ou surqualification.

E. 2.18

Recourante 1'084'869 31% 2.92 Adjudicataire intimée 829'038 0%

E. 3

La recourante critique tout d'abord la prise en compte de la référence de la Commune de D. _____ dans l'évaluation de l'offre de l'adjudicataire. Elle ajoute que, si cette référence devait être considérée comme valable, la note de 4 qui lui a été attribuée est entièrement injustifiée.

E. 3.1

Le critère n° 1 "Références similaires" (annexe Q8_adjudication) – qui a une pondération de 15% - est divisé en 8 sous-critères que l'on retrouve indiqués dans le tableau des critères et sous-critères d'adjudication (cf. ci-dessus consid. 2). Le critère en question demande au minimum deux références comparables respectant les différents sous-critères. Dans le rapport d'évaluation des offres du 9 février 2023, en ce qui concerne le critère n° 1, l'adjudicataire intimée s'est vu attribuer la note de 5 pour la référence 1 et la note de 4 pour la référence 2, obtenant une note totale de 4.5. Dans le justificatif de l'attribution des points (ch. 4.2.3.1 du rapport d'évaluation), il est indiqué que C. _____ SA: "Satisfait tous les critères, les informations fournies permettent d'apprécier les références et vérifier que les critères annoncés sont respectés pour les deux références. Le cas de la ville de D. _____ montre l'utilisation d'un autre type d'infrastructure (bacs roulants, en cours de substitution avec des conteneurs enterrés de type Molok)."

E. 3.2

La recourante conteste la position de la préfecture qui s'appuie sur le sous-critère qui veut que la référence "concerne une collecte de déchets sur une commune de taille comparable (min. 8'000 habitants)". Elle estime que ce critère, qui figure au milieu de la liste, n'a qu'une importance moindre dans la mesure où les sous-critères sont listés dans leur ordre d'importance (dossier d'appel d'offres [K2], point 4.6.). Elle indique que le point 1.1 du cahier des charges et le ch. 1.1 du rapport d'évaluation des offres démontrent que le mandat en appel concerne les prestations de service de collecte des déchets ménagers incinérables. Ainsi, dès le moment où C. _____ SA ne s'occupait que de la collecte de déchets ménagers recyclables pour la Commune de D. _____, la référence ne correspond pas aux prestations demandées dans l'appel d'offres et ne doit donc pas être prise en compte. En outre, elle considère que l'autorité intimée a abusé de son pouvoir d'appréciation en attribuant une note de 4 à cette référence et en attribuant un caractère prépondérant à ce sous-critère. Elle renvoie à l'annexe T1 du Guide romand pour les marchés publics et estime que la note de 4 ne peut être attribuée lorsque plusieurs sous-critères ne sont pas respectés. Elle conteste également le respect du sous-critère relatif au type d'infrastructure par la référence à la Commune de D. _____ qui, comme l'indique le rapport d'évaluation, a trait à des infrastructures de type différent que ceux demandés dans l'appel d'offres. La

Cour de céans a procédé à un examen de l'offre déposée par l'adjudicataire intimée et a pu constater la réalité des explications fournies sur cet aspect par l'autorité intimée dans sa décision. Le ch. 4.6 du dossier d'appel d'offres indique, pour rappel, que, lorsque l'adjudicateur détermine des sous-critères auxquels il attache une importance particulière ou qui sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent, il doit les communiquer par avance, indiquer leur pondération respective et préciser qu'il est fait exception à cette règle lorsque les sous-critères servent uniquement à concrétiser le critère d'adjudication publié (sous-critères dits "inhérents" au critère principal). En l'espèce, le tableau n'indique pas de

Tribunal cantonal TC Page 8 de 16 pondération spécifique propre aux sous-critères. Il y a de ce fait lieu d'interpréter le rôle des sous-critères comme des sous-critères "inhérents" au critère principal, c'est-à-dire des critères servant à concrétiser le critère d'adjudication. Il n'y a ainsi – contrairement à ce que soutient la recourante - aucune raison de privilégier l'un ou l'autre des sous-critères dans l'attribution de la note, mais de les apprécier dans leur ensemble. Concernant la prise en compte de la référence à la Commune de D._____, le point 1.1 du cahier des charges du dossier d'appel d'offres indique que la prestation du mandat consiste en la collecte des déchets urbains sur le territoire de la Commune de B._____, selon calendrier de ramassage et plans de parcours validés par la commune avec une fréquence bi-hebdomadaire, et en l'acheminement des déchets urbains collectés jusqu'à l'usine d'incinération de F._____ à G._____. Le rapport d'évaluation décrit la prestation du mandat, au point 1.1, comme la collecte des déchets ménagers incinérables. Le tableau des critères et sous-critères ne mentionne quant à lui pas expressément que la référence doit porter spécifiquement sur la collecte des déchets incinérables. En effet, le critère n° 1 mentionne en particulier "minimum 2 références comparables", "être en rapport avec le marché à exécuter, en termes de complexité et d'importance", "correspondre aux prestations telles que demandées dans cet appel d'offres". Ces termes généraux sont à interpréter de telle sorte que la référence soumise par les soumissionnaires doit s'inscrire dans un rapport étroit avec la prestation qui fait l'objet du mandat. En l'espèce, la référence à la Commune de D._____ ne concernait effectivement pas la collecte de déchets incinérables. Néanmoins, ce contrat de l'adjudicataire se trouve dans un rapport particulièrement étroit avec la prestation recherchée par la Commune de B._____. Ce contrat comporte divers mandats étendus sur de nombreuses années et portant sur la gestion de déchets recyclables et non-recyclables, démontrant le large spectre de compétences de C._____ SA. L'appréciation faite par le bureau H._____ dans le justificatif de l'attribution des points (ch. 4.2.3.1 du rapport d'évaluation) conforte également cette évaluation. Partant, la référence au contrat avec la Commune de D._____ correspond aux critères d'adjudication de l'appel d'offres. Il appert de l'annexe T1 du Guide romand pour les marchés publics que la note de 4 correspond à un candidat ou soumissionnaire qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes et qui présente un minimum d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats ou soumissionnaires, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification. En l'espèce, les différents critères et sous-critères d'adjudication sont respectés par la référence soumise par C._____ SA. Le contenu de cette référence met en évidence l'expérience et les spécialisations de la société dans ce domaine, notamment en ce qui concerne le sous-critère relatif à la taille comparable de la commune. Cependant, les références de la recourante ont toutes deux obtenues la note maximale de 5. La référence de la Commune de D._____ semble réduite à la note de 4 notamment du fait, comme

l'indique le justificatif de l'attribution des points, que le cas de la ville de D. _____ démontrait l'utilisation d'un autre type d'infrastructures que celles présentées dans l'appel d'offres. Ainsi, cette différence dans les prestations justifie la note de 4. Ni l'autorité intimée ni la Commune de B. _____ n'ont abusé de leur pouvoir d'interprétation dans la notation de la référence litigieuse. Aucun motif ne permet de baisser cette note ou encore d'exclure cette référence ainsi que le demande la recourante.

E. 4

La recourante conteste la note de 5 attribuée à C. _____ SA concernant le critère n° 2 relatif à l'optimisation des transports.

Tribunal cantonal TC Page 9 de 16

E. 4.1

Le critère n° 2 "Organisation prévue pour limiter le kilométrage et explication de la mise en place du service" est décrit plus précisément de la manière suivante dans le dossier d'appel [K2], point 4.6: "Mesures et méthodes pour atteindre les objectifs mentionnés dans l'annexe R7 concernant l'optimisation des transports, la minimisation des nuisances et la gestion des remplacements en cas de pannes." L'annexe R7 rappelle les objectifs fixés pour le critère n° 2: - Maximiser le taux de remplissage des camions de collecte et de transport, ainsi que minimiser les kilomètres parcourus par rapport à la situation actuelle; - Concept de remplacement et gestion des "pannes" (remplacement de véhicules, équipements, matériel, personnel). Le critère d'optimisation des transports est pondéré à 20%.

E. 4.2

La recourante estime que, selon le cahier des charges, une masse équivalente à 849.3 tonnes de déchets a été collectée, au moyen de 106 vidanges, au cours de l'année 2021. Cela représente une charge moyenne d'environ 8.01 tonnes. Or, selon son expérience, elle est en mesure d'affirmer que le poids des vidanges est fréquemment plus élevé, pouvant atteindre 11 tonnes. Selon elle, il est absolument essentiel, au vu de la croissance de la ville de B. _____, de bénéficier d'une flotte de camions disposant d'une capacité supérieure à 8 tonnes (camions 4 axes). La recourante craint que C. _____ SA ne doive procéder à de la sous-traitance ou que sa flotte ne soit purement pas suffisante pour effectuer convenablement les tournées usuelles. Elle doute en outre de l'avantage que représente les ruptures de charge afin de limiter les kilomètres, c'est-à-dire le transfert des déchets transportés par un premier véhicule dans un second véhicule, possiblement après période de stockage. Il s'agit, selon elle, d'un obstacle organisationnel supplémentaire dans le processus général. Le dépôt des déchets dégraderait sensiblement leur suivi, ce qui est contraire au cahier des charges (2.1.5), respectivement aux exigences de pesage en lien avec un lieu déterminé, ainsi qu'à la collecte de données précises qui pourront ultérieurement être exploitées en vue d'améliorer les processus.

E. 4.2.1

Dans le rapport d'évaluation des offres, le point 4.2.3.2 du justificatif de l'attribution des points indique que: "Tous les soumissionnaires portent des éléments de réponse de qualité, ce qui illustre l'importance de ce thème pour les professionnels du secteur. La note 3 a été attribuée à deux soumissionnaires, qui apportaient des réponses partielles. Les autres soumissionnaires reçoivent la note maximale, en raison des réflexions portant sur les aspects d'optimisation du kilométrage ainsi que du taux de remplissage des véhicules et sur

les aspects de gestion des pannes, jugées très bons." En ce qui concerne le type de véhicules utilisés, aucune information correspondant au type d'essieux n'est mentionnée dans le cahier des charges. De plus, la société A. _____ SA n'a d'ailleurs jamais évoqué, dans son annexe R7, l'utilisation ou la nécessité de camions disposant d'une capacité supérieure à 8 tonnes afin d'assurer l'optimisation des transports. Elle a tout de même également obtenu la note maximale de 5.

Tribunal cantonal TC Page 10 de 16

E. 4.2.2

En l'occurrence, il appert de l'annexe R7 remplie par C. _____ SA que cette dernière fournit des informations détaillées sur les méthodes en vus afin d'optimiser les transports tout en respectant le plus possible les nuisances relatives aux trajets. L'adjudicataire intimée explique également dans ses observations que l'utilisation d'un camion à trois essieux est plus adaptée à la configuration de la ville médiévale de B. _____. En ce qui concerne les ruptures de charge sur son centre de tri, elle justifie cet avantage par le fait qu'elles permettent d'optimiser l'acheminement des ordures vers la SAIDEF, en particulier quand les camions de collecte ne sont pas entièrement remplis. Elle ajoute que chaque collecte est de toute manière pesée et documentée, de sorte que les déchets amenés à la SAIDEF font l'objet d'un décompte spécifique par client. Des contrôles périodiques sont réalisés par les instances cantonales sur les balances (pont-basculé) installées au centre de tri de I. _____. La recourante ne démontre manifestement pas comment l'adjudicataire intimée ne parviendrait ni à compléter sa tâche avec les moyens à sa disposition ni à respecter les exigences de pesages fixées dans le cahier des charges. Elle se contente d'émettre des hypothèses sur la capacité de C. _____ SA à assumer ce mandat. C. _____ SA démontre au contraire concrètement, par les informations figurant dans l'annexe R7 et dans ses observations, comment elle procédera à la gestion des transports et au respect de l'enregistrement des quantités collectées. La note de 5 ne semble ainsi pas discutable au vu du dossier d'appel d'offres.

E. 5

La recourante critique l'évaluation faite à l'adjudicataire intimée sur le critère n° 3 correspondant aux caractéristiques techniques des camions.

E. 5.00

Y 1'146'060 38% 2.62 Le ch. 4.2.1 du rapport indique également que: "Les soumissionnaires ont également été évalués sur la base des annexes demandées dans l'appel d'offre. La note attribuée à un critère est faite sur la base d'une analyse globale de l'ensemble des documents exigés par critère, selon le barème annoncé." L'écart admis entre le prix de l'offre litigieuse et la moyenne des prix offerts n'est pas défini de manière absolue par la jurisprudence ou la doctrine, de sorte que l'adjudicateur dispose d'un certain pouvoir d'appréciation dans cette opération. L'écart admis varie en fonction du type de marchés mis en soumission, de sorte que si les coûts de la prestation convoitée peuvent être établis avec précision, le pourcentage devrait être plus réduit. A l'inverse s'il faut s'attendre à des grands écarts de prix entre les offres, le pourcentage devra être plus large (DI CICCIO, Le prix en droit des marchés public – Le prix comme valeur du marché et comme critère d'examen de l'offre, 2022, p.389 s.). Selon l'art. 29 aRMP, lorsqu'un adjudicateur reçoit une offre anormalement plus basse que les autres, il peut demander des renseignements au soumissionnaire pour s'assurer que celui-ci respecte les conditions de participation et puisse

remplir les conditions du marché.

E. 5.1

Le critère n° 3 "Flotte de véhicules mis à disposition" correspond aux "mesures et/ou méthodes de travail mises en place pour répondre aux contraintes et exigences décrites dans l'annexe R10". L'annexe R10 indique que: "Les mesures doivent permettre de réduire les nuisances et protéger l'environnement (par exemple: gestion, évacuation et élimination des déchets, mode de transport écologique, rationalité du mode de transport, réduction du bruit, gestion et récupération des eaux de chantier, protection des sols des atteintes physiques et chimiques, économie de la consommation d'énergie, lutte contre la pollution ou les émissions polluantes, utilisation de ressources et énergies indigènes, etc.), ceci dans le respect des normes en vigueur en matière de défense de l'environnement." L'annexe ajoute également deux contraintes avec exigences particulières à savoir: - Est-ce que la flotte utilisée pour l'exécution du marché respectera au minimum la norme EURO 6? - Est-ce que la flotte utilisée présentera des véhicules électriques ou avec un moteur autre que thermique? Le critère de la flotte à disposition est pondéré à 20%.

E. 5.2

La recourante soupçonne que les caractéristiques techniques des camions de la flotte de la société C. _____ SA ne remplissent pas les exigences du marché en question. L'équipement de l'adjudicataire intimée ne permettrait pas de faire la distinction entre les déchets collectés qui font l'objet du marché public et ceux qui ne le font pas. Elle présente également l'absence de l'utilisation

Tribunal cantonal TC Page 11 de 16 d'ordinateurs et d'écrans de contrôle sur les camions, ainsi que de balances différentes qui permettraient de détailler le poids, l'heure et le lieu de chaque collecte. Par ces motifs, l'exigence 2.1.5 du cahier des charges, à savoir la détermination et l'enregistrement des quantités collectées par container selon leur emplacement, n'est pas respectée. Elle estime en outre qu'un accès à certaines pièces du dossier doit lui être accordé afin qu'elle puisse compléter son argumentation.

E. 5.2.1

Selon le rapport d'évaluation, on observe que C. _____ SA a obtenu la plus mauvaise note sur l'ensemble des soumissionnaires, à savoir la note de 3. La recourante s'est vu attribuer la note de 4, la plus haute. Dans le ch. 4.2.3.3 du justificatif de l'attribution des notes, aucune remarque particulière à l'encontre de C. _____ SA n'est formulée. Le rapport se contente de dire que tous les soumissionnaires disposent d'une flotte de camions de catégorie minimale EURO 6 requise dans le dossier d'appel d'offres. Le bureau d'ingénieurs complète son rapport en exposant diverses remarques sur les autres soumissionnaires.

E. 5.2.2

En l'occurrence, il ressort clairement de l'annexe R10 complétée par C. _____ SA que tous les véhicules utilisés pour l'exécution du marché respectent la norme EURO 6 conformément aux critères fixés dans le dossier d'appel d'offres. Quant à la contrainte n° 2 relative à l'utilisation de véhicules électriques ou avec d'autres moteurs que thermiques, C. _____ SA indique que l'achat d'un tel véhicule fait partie de ses réflexions. Elle privilégie néanmoins la proximité. Elle recherche à éliminer intégralement les nuisances dues au transport plutôt que de seulement les réduire. Elle fournit différentes informations

sur son parc de machines dont la majorité est électrique. La société s'oriente également vers l'utilisation d'énergie solaire qui permettra de produire de l'énergie indigène. Partant, la contrainte n° 2 n'est pas réellement atteinte puisque la flotte ne comprendra aucun véhicule électrique ou possédant un autre moteur que thermique. La note de 3 est attribuée, selon l'annexe T1 du Guide romand pour les marchés publics, au candidat ou soumissionnaire qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé et dont le contenu répond aux attentes minimales, mais qui ne présente aucun avantage particulier par rapport aux autres candidats ou soumissionnaires. Au vu de ce qui précède, on remarque en effet que l'une des contraintes relatives aux véhicules n'est pas remplie par C. _____ SA. En revanche, il y a lieu d'analyser si la composition de sa flotte répond aux atteintes minimales. Comme il l'a été décrit auparavant (cf. ci-dessus consid. 5.1.), le critère n° 3 et l'application de l'annexe R10 doivent permettre de réduire les nuisances et de protéger l'environnement à l'aide de mesures préconisées par les soumissionnaires. C. _____ SA ne possède en effet pas de véhicule électrique ou sans moteur thermique, mais elle n'en exclut pas l'achat futur et produit une alternative afin d'éliminer au maximum les nuisances dues au transport. Elle a d'ores et déjà procédé à certains changements dans son fonctionnement et élabore d'autres stratégies afin d'assurer son utilisation énergétique à l'aide d'énergie renouvelable. Partant, la note de 3 attribuée à l'adjudicataire intimée n'est pas dénuée de sens et ne provient pas d'un abus du pouvoir d'appréciation ou d'une constatation inexacte des faits. L'argumentation de la recourante ne permet pas de démontrer un non-respect du critère d'adjudication n° 3 et la note de 3 octroyée à C. _____ SA apparaît tout à fait soutenable. Dans ces circonstances, la Cour rejette, par appréciation anticipée des preuves, la demande de la recourante tendant à lui donner accès à certaines pièces du dossier, dans la mesure où cela ne pourrait quoi qu'il n'en soit pas modifier son opinion.

Tribunal cantonal TC Page 12 de 16

E. 6

La recourante considère le prix de l'offre de C. _____ SA anormalement bas par rapport aux autres offres.

E. 6.1

Le seul fait qu'une offre soit nettement plus basse que celles déposées par ses concurrents n'implique pas nécessairement une exclusion. En effet, les soumissionnaires sont libres en principe de calculer le montant de leur offre. Même une offre en dessous du prix de revient n'est pas en tant que telle illicite du moment que le soumissionnaire remplit les critères d'aptitude et les conditions d'adjudication. En cas de doute à ce propos, l'adjudicateur peut certes demander des explications à l'auteur de l'offre. Lorsque, sur la base de cette démarche, il apparaît que l'offre spécialement basse présente effectivement des défauts, c'est en raison de ces défauts qu'elle sera exclue ou mal notée, mais pas en raison du bas prix (ATF 143 II 553 consid. 7.1; 141 II 353 consid. 8.3.2; arrêt TF 2C_838/2019 du 17 septembre 2020 consid. 2.2.1; 2D_46/2020 du 8 mars 2021 consid. 3.2.1). Au demeurant, face à un prix qui lui est très favorable, l'adjudicateur n'est pas tenu de demander ces explications complémentaires au soumissionnaire, en tous cas pas en l'absence d'indice qui pourrait laisser penser que ce dernier ne remplirait pas les conditions de participation à la procédure ou les exigences du marché. Il faut rappeler qu'une soumission constitue une offre qui lie son auteur et, pour autant que le contrat vienne à terme, la partie est tenue

d'apporter les prestations convenues, sous peine de conséquences civiles, voire de sanctions relevant des marchés publics. L'adjudicateur peut donc admettre jusqu'à un certain point que son partenaire remplira ses engagements contractuels tant qu'aucun élément concret objectif ne justifie de supposer que tel ne sera pas le cas (ATF 141 II 14 consid. 10.3). Partant, la recourante ne peut requérir l'annulation de la décision attaquée au seul motif formel que, face à un prix beaucoup plus bas que celui des autres soumissionnaires, l'autorité intimée n'a pas mis en œuvre l'art. 29 aRMP pour demander des renseignements complémentaires à l'adjudicataire. Cette disposition réserve uniquement la possibilité de requérir des explications du soumissionnaire, mais ne contient aucune obligation de l'adjudicateur allant dans ce sens (cf. arrêt TC FR 602 2022 118 du 6 décembre 2022).

E. 6.2

Le prix représente dans le cas d'espèce le critère d'adjudication n° 5. Il est pondéré à 40%. Selon l'annexe R1 qui détaille le montant de l'offre en lien avec le cahier des charges, le prix total comprend 4 prestations: 1) La collecte et le transport des ordures ménagères des conteneurs enterrés, des bacs roulant ainsi que des compacteurs jusqu'à l'usine de la SAIDEF (points 2.1.1 et 2.1.2 du cahier des charges); 2) La location des compacteurs (point 2.1.3 du cahier des charges); 3) L'entretien et le nettoyage des compacteurs et containers (point 2.1.4 du cahier des charges); 4) Les prestations ponctuelles (point 2.1.6 du cahier des charges). Le ch. 4.1 du rapport d'évaluation présente les différentes offres des soumissionnaires ainsi que la note attribuée sur la base du prix annoncé selon la méthode de calcul T2 du Guide romand pour les marchés publics :

Tribunal cantonal TC Page 13 de 16 Prix global, HT Différence par rapport à l'offre la moins chère Méthode puissance au carré T2 X 1'254'700 51%

E. 6.3

La recourante estime, au vu de son expérience dans le domaine et sa connaissance des prix du marché, que l'offre formulée par la société C. _____ SA est fantaisiste. Elle rappelle que le cahier des charges (point 2.1.3) imposait de prévoir, dans la formulation de l'offre, la location de 5 compacteurs avec système de pesage et 2 compacteurs avec couvercles. La recourante a donc demandé une offre à la société E. _____ SA et en a obtenu une à hauteur de CHF 394'000.-. Elle rappelle également que C. _____ SA a signé un contrat avec la Commune de B. _____ portant sur l'exploitation de la déchetterie à l'usage des citoyens de la commune. Elle soupçonne ainsi l'adjudicataire intimée d'avoir soustrait, ou largement sous-évalué, les coûts afférents à la location des compacteurs de son offre, en les reportant ailleurs. Elle estime que cette dernière a réparti ces coûts sur les deux contrats afin de faire baisser le prix de son offre pour le marché. Elle considère que l'autorité intimée a violé l'art. 38 al. 3 LMP (en relation avec l'art. 55 al. 2 let. c LMP) en décidant de ne pas demander de renseignements ou éclaircissements au soumissionnaire à cet égard. La concurrence entre les soumissionnaires est mise à mal en violation des principes de l'AIMP (art. 1 al. 3 let. a AIMP).

E. 6.3.1

Concrètement, C. _____ SA soutient que la convention avec la commune évoquée par la recourante a été résiliée par cette dernière en date du 21 juillet 2022 avec effet au 31 décembre 2023. Ainsi, aucune partie de la location des compacteurs n'est répercutée sur ce contrat. Elle

Tribunal cantonal TC Page 14 de 16 explique que l'offre est concurrentielle en raison de sa proximité géographique avec le lieu d'exécution du marché. En outre, elle indique être propriétaire de ses compacteurs, qu'elle peut ainsi louer à un tarif concurrentiel, à la différence de la recourante qui doit se fournir chez un tiers. Partant, il n'y a qu'un prix de location des compacteurs facturé au pouvoir adjudicateur pour l'exécution du marché. On ne voit pas que la recourante réussisse à remettre en question ces affirmations. En outre, dans le cas d'espèce, de nombreux facteurs interviennent pour les soumissionnaires afin de déterminer le prix total de leur offre. L'annexe R1 fournie dans le dossier d'appel d'offres par la société C._____ SA comporte des informations détaillées sur le mode de facturation du prix. En procédant à une comparaison entre les deux sociétés, on arrive facilement et de manière non arbitraire à établir où réside exactement la différence entre les totaux des soumissionnaires. Dans le marché proposé, la distance à parcourir pour la collecte des déchets joue un rôle prépondérant dans la détermination du prix. La différence d'offre réside indéniablement, en l'espèce, dans les tarifs relatifs à la collecte et au transport des compacteurs jusqu'à l'usine d'incinération ainsi que du prix offert pour la location des compacteurs. Le prix annuel cumulé sur les cinq années de contrat permet effectivement d'atteindre cette différence de prix. Les trois soumissionnaires évincés se situent tous à des distances nettement plus lointaines que C._____ SA, engendrant des coûts supplémentaires. En outre, les justifications de l'adjudicataire intimée coïncident parfaitement avec l'offre proposée et permettent des comparaisons avec les autres soumissionnaires. L'offre de C._____ SA ne s'écarte pas des exigences de l'appel d'offres malgré son prix; il est patent que la société peut remplir les conditions du marché au sens de l'art. 29 aRMP. De plus, il y a lieu de rappeler que la soumission est une offre qui lie son auteur dès lors que le contrat est conclu. Comme déjà dit plus haut, C._____ SA est tenue aux prestations proposées pour le prix présenté dans l'offre de soumission, sous peine de conséquences civiles ou administratives. Au vu de ce qui précède, il n'apparaît manifestement pas insoutenable de la part de la commune d'avoir accordé le marché à C._____ SA sans avoir procédé, au préalable, à des démarches de vérification pour cause d'une offre anormalement basse. Partant, le grief de la recourante n'est pas pertinent.

E. 7.1

S'agissant de la consultation du dossier requise par la recourante, cette dernière s'est vu remettre un tableau récapitulatif des évaluations des diverses offres soumises. La recourante ne dispose pas d'un intérêt suffisant pour obtenir les pièces provenant de l'adjudicataire au mépris des règles sur la protection du secret d'affaires. Au demeurant, comme déjà évoqué, le Tribunal cantonal a procédé sur la base du dossier complet à l'examen des offres et a constaté la réalité des explications fournies à ce propos par l'autorité intimée dans ses observations sur le recours (cf. ci-dessus). Partant, la requête tendant à la consultation du dossier complet doit être rejetée.

E. 7.2

Finalement, la jurisprudence admet que le droit d'être entendu n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 130 II 425 consid. 2.1 et les arrêts cités). La Cour de céans considère qu'une audience d'instruction est inutile dans le cas d'espèce, dès lors que les pièces versées au dossier et les explications apportées par le pouvoir adjudicateur

permettent de comprendre les raisons qui ont conduit ce dernier à attribuer les notes litigieuses et, partant, de trancher le litige (cf. arrêt TF

Tribunal cantonal TC Page 15 de 16 1C_10/2019 du 15 avril 2020 consid. 3), ceci sans parler du fait qu'en soi, la procédure de recours est écrite (cf. art. 32 CPJA).

E. 8

Le recours (602 2023 78) doit être rejeté. L'affaire étant jugée au fond, la demande d'effet suspensif (602 2023 79) est devenue sans objet.

E. 9.1

Il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure en application de l'art. 131 CPJA. Pour le même motif, elle n'a pas droit à une indemnité de partie.

E. 9.2

Il incombe à la recourante de verser une indemnité de partie à l'intimée qui obtient gain de cause et a fait appel aux services d'un avocat pour défendre ses intérêts (art. 137 CPJA). Conformément à l'art. 8 al. 1 du tarif fribourgeois du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (RSF 150.12), les honoraires alloués pour la représentation ou l'assistance de la partie sont fixés entre CHF 200.- et 10'000.-. Dans les affaires d'une ampleur ou d'une complexité particulière, le maximum s'élève à CHF 40'000.-. La fixation des honoraires dus à titre de dépens a lieu sur la base d'un tarif horaire de CHF 250.-. Quant aux débours nécessaires à la conduite de l'affaire, ils sont remboursés au prix coûtant (art. 9 al. 1 du tarif). Pour les photocopies effectuées par le mandataire, il est calculé 40 centimes par copie isolée (art. 9 al. 2 du tarif). La liste de frais déposée par le mandataire de l'intimée n'est pas conforme aux exigences des art. 8 ss du tarif (calcul des débours). L'indemnité de partie est dès lors arrêtée à CHF 1'961.05 (honoraires et débours : CHF 1'820.85 ; TVA 7.7% : CHF 140.20) en application de l'art. 11 al. 1, 3ème phrase, du tarif. Elle est mise à la charge de la recourante qui s'en acquittera directement auprès du mandataire de l'intimée (art. 137, 140 et 141 CPJA). (dispositif en page suivante)

Tribunal cantonal TC Page 16 de 16 la Cour arrête : I. Le recours (602 2023 78) est rejeté. II. La requête d'octroi de l'effet suspensif (602 2023 79), devenue sans objet, est rayée du rôle. III. Les frais de procédure, par CHF 3'500.-, sont mis à la charge de la recourante. Ils sont compensés avec l'avance de frais versée. IV. Un montant de CHF 1'961.05 (y compris CHF 140.20 de TVA) est alloué à l'intimée à titre d'indemnité de partie, à verser en main de son mandataire, et à la charge de la recourante. V. Notification. Pour autant qu'elle pose une question de principe, la présente décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification. La fixation du montant des frais de procédure et de l'indemnité de partie peut, dans le même délai, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, si seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA). Fribourg, le 27 septembre 2023/jfr/swa Le Président Le Greffier-stagiaire

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.