

FR_GERICHTE 602 2024 74 vom 25. Juli 2024

FR Kantonsgericht, 2024-07-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2024_74

FR: FR_GERICHTE 602 2024 74 du 25 juillet 2024

IT: FR_GERICHTE 602 2024 74 del 25 luglio 2024

Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 16

avril 2024. S'agissant de l'accès au dossier, elle conclut au rejet de la requête. De plus, elle considère que la motivation de sa décision est suffisante, dans la mesure où la recourante a eu connaissance de la notation de son offre et de celle de l'adjudicataire. Sur le fond ensuite, elle explique que l'offre de l'adjudicataire n'a pas été surévaluée et explique pour quelles raisons les notes attribuées sont correctes. Dans ses contre-observations du 5 juillet 2024, la recourante maintient ses conclusions. S'agissant de l'exclusion de l'offre de B. _____ SA, la recourante avance, pour l'essentiel, que les prestations connexes ne sont pas définies dans les statuts et que l'exonération d'impôts dont bénéficie l'adjudicataire engendre une violation du principe de la neutralité concurrentielle. Elle soutient également que l'adjudicataire ne démontre pas l'absence de subventionnement croisé, lequel pourrait permettre de financer en particulier les formations payées aux employés. Nouvellement, elle fait valoir un conflit d'intérêt justifiant également l'exclusion de l'offre de B. _____ SA, au motif que le co-directeur de l'entreprise mandatée pour gérer le marché public, D. _____, également membre du Conseil communal de la commune de E. _____, a travaillé pour F. _____ de 2006 à 2010. Elle prétend que le marché a été configuré de telle sorte que B. _____ SA l'obtienne, notamment du fait que le critère du prix n'est pondéré qu'à 30% et que l'appel d'offre est extrêmement complexe. La recourante fait valoir de plus que l'autorité intimée aurait dû lui demander des explications complémentaires si elle considérait son offre incomplète. Par détermination spontanée du 15 juillet 2024, l'autorité intimée s'est exprimée sur la question du conflit d'intérêts de D. _____. Elle a également indiqué que l'offre de la recourante ne contient pas de plan de renouvellement de ses véhicules et que le caviardage du tableau d'évaluation auquel elle a procédé vise à respecter le secret d'affaires des soumissionnaires concernés. Elle explique enfin que les offres ont été évaluées sans tenir compte de manière subjective de la taille de l'entreprise soumissionnaire et des ressources qu'elle peut mobiliser pour la rédaction de l'offre. Par courrier du 22 juillet 2024, l'adjudicataire a renoncé à se déterminer une nouvelle fois. Le 23 juillet 2024, la recourante indique maintenir sa position et contester le contenu de la détermination de l'adjudicataire du 15 juillet 2024. Aucun autre échange d'écritures n'a été ordonné entre les parties.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 21 Pour le reste, il sera fait état des arguments développés par ces dernières à l'appui de leurs conclusions dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige. en droit 1. 1.1. La procédure ayant été lancée après l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2023, de la nouvelle législation fribourgeoise sur les marchés publics – soit l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur

les marchés publics (AIMP 2019; RSF 122.91.3), la loi cantonale du 2 février 2022 sur les marchés publics (LCMP; RSF 122.91.1) et le règlement cantonal du 12 décembre 2022 sur les marchés publics (RCMP; RSF 122.91.11) –, il y a lieu d'appliquer les règles découlant du nouveau droit. 1.2. Déposé dans le délai et les formes prescrits, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 19 al. 1 LCMP en lien avec les art. 52 al. 1 et 53 al. 1 let. e AIMP 2019. Du moment que l'offre de la recourante vient en seconde position dans l'appréciation des soumissions - avec un faible écart -, on doit admettre qu'elle a (en principe) qualité pour agir (cf. ATF 141 II 14 consid. 4). L'avance de frais ayant été versée dans le délai imparti, le Tribunal cantonal peut dès lors entrer en matière sur les mérites du recours. 2. Selon l'art. 56 al. 3 AIMP 2019, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). L'opportunité d'une décision ne peut être examinée dans le cadre d'une procédure de recours (art. 56 al. 4 AIMP 2019). Selon la jurisprudence, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande latitude de jugement pour apprécier et comparer les offres en lice lors de l'attribution d'un marché (cf. ATF 125 II 86 consid. 6; arrêt TF 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.4). La Cour de céans n'étant pas habilitée à revoir l'opportunité de la décision, une correction des notes ou des points obtenus ne peut être envisagée qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (cf. arrêts TAF B-487/2020 du 29 octobre 2020 consid. 5.1 et les références citées; 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 déposées (POLTIER, Droit des marchés publics, 2e éd. 2023, no 856). 3. La recourante se plaint tout d'abord d'une violation de son droit d'être entendue au motif que la décision attaquée ne serait pas suffisamment motivée.

Tribunal cantonal TC Page 5 de 21 3.1. Selon l'art. 51 al. 2 AIMP 2019, les décisions sujettes à recours doivent être sommairement motivées et indiquer les voies de droit. L'al. 3 précise que la motivation sommaire d'une adjudication comprend le type de procédure d'adjudication utilisé et le nom du soumissionnaire retenu (let. a), le prix total de l'offre retenue (let. b), les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre retenue (let. c) et, le cas échéant, les motifs du recours à la procédure de gré à gré (let. d). Il est communément admis que le tableau récapitulatif multicritère annexé à la décision tient lieu de motivation (cf. arrêt TC FR 602 2019 146 du 20 mars 2020 p. 3; POLTIER, no 798 n. 1367). Selon la doctrine, fondée sur le Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (FF 2017 1695, 1821), l'autorité doit, sur requête du soumissionnaire évincé, lui fournir des renseignements supplémentaires relatifs notamment aux raisons principales du rejet de son offre ainsi qu'aux avantages relatifs de l'offre retenue, quand bien même le texte de la LMP et de l'AIMP 2019 ne prévoit plus une telle possibilité, contrairement à l'ancien droit. Cette possibilité peut être mise en œuvre sous la forme d'une séance de débriefing, à l'initiative d'un soumissionnaire ou de l'adjudicateur (FF 2017 1695, 1821). L'ensemble des explications de l'autorité (fournies cas échéant en deux étapes) doit être pris en considération pour s'assurer qu'elles sont conformes ou non aux exigences découlant du droit d'être entendu. Lorsque tel n'est pas le cas, la jurisprudence admet assez généreusement la réparation d'une motivation insuffisante dans la procédure de recours subséquente (POLTIER, no 799 s.). 3.2. En l'occurrence, la décision d'adjudication contient comme seule motivation un tableau comparatif des notes octroyées à la recourante ainsi qu'à l'adjudicataire. L'intéressée, qui se plaint d'une motivation insuffisante, n'a toutefois pas pris contact avec l'adjudicatrice afin de connaître les motifs essentiels pour

lesquels son offre n'a pas été retenue et les caractéristiques de l'offre choisie. Elle a directement recouru auprès du Tribunal cantonal. A cet égard, il faut rappeler qu'il lui appartenait pourtant de prendre contact avec l'autorité adjudicatrice si elle souhaitait obtenir des renseignements supplémentaires (cf. consid. 3.1 ci-dessus) et qu'elle ne pouvait simplement attendre que l'autorité adjudicatrice lui propose une séance. Cela étant, dans le cadre de la présente procédure de recours, l'intéressée a obtenu une motivation complète et détaillée de la part de l'autorité intimée - quand bien même elle affirme le contraire -, de sorte qu'elle a pu se rendre compte de la portée de la décision attaquée et des raisons pour lesquelles son offre n'a pas été retenue. Il lui a par ailleurs été octroyé un délai suffisamment long pour s'exprimer sur les observations de l'autorité intimée, ce qu'elle n'a pas manqué de faire. Force est de constater que, nonobstant son grief, elle a bel et bien été en mesure de déposer un mémoire de recours ainsi que des contre-observations circonstanciées. Par conséquent, une éventuelle violation de son droit d'être entendue, pour autant qu'avérée dans le domaine des marchés publics, a quoi qu'il en soit été réparée au stade de la présente procédure de recours. Partant, le grief relatif à la violation du droit d'être entendu doit être rejeté. 4. 4.1. La recourante requiert l'exclusion de l'offre de l'adjudicataire en raison d'une violation du principe de neutralité concurrentielle. 4.1.1. Selon l'art. 26 al. 1 AIMP 2019, lors de la procédure d'adjudication ainsi que lors de l'exécution du marché adjugé, l'adjudicateur s'assure que les soumissionnaires et leurs sous-traitants remplissent les conditions de participation, dont en particulier le respect des exigences définies à l'art. 12, qu'ils ont payé les impôts et les cotisations exigibles et qu'ils ne concluent pas

Tribunal cantonal TC Page 6 de 21 d'accords illicites affectant la concurrence. L'art. 44 AIMP 2019 énumère de manière non exhaustive les cas d'exclusion de la procédure d'adjudication (cf. ATF 143 II 425 consid. 4.4, JdT 2018 I 55; POLTIER, no 588). 4.1.2. La jurisprudence admet la participation de soumissionnaires étatiques à une procédure d'adjudication. En effet, la composante individuelle de la liberté économique (art. 27 Cst.) ne confère aux particuliers aucune protection contre la concurrence, y compris contre celle d'une entreprise étatique, pour autant que celle-ci opère avec les mêmes droits et obligations et que l'intervention étatique n'ait pas pour effet d'évincer l'offre privée (ATF 143 II 425 consid. 4.2, JdT 2018 I 55; 138 I 378 consid. 6.2.2, JdT 2014 I 3). La violation du principe de la neutralité concurrentielle par un soumissionnaire lié aux pouvoirs publics est un cas d'exclusion de la procédure. Ce principe est notamment violé lorsque l'offre d'un soumissionnaire étatique repose sur un subventionnement transversal prohibé et que cette offre est ainsi de nature à fausser la concurrence sur le marché des prestations en cause (ATF 138 I 378 consid. 9.1, JdT 2014 I 3). Il s'ensuit également que les conditions d'une exclusion ne sont pas réunies en présence de n'importe quelle offre à prix sous-évalué d'un soumissionnaire étatique. Pour autant que la perte ne soit pas couverte de manière prohibée par des ressources fiscales ou par les revenus d'un secteur monopolistique, mais plutôt par ceux de l'activité économique privée par ailleurs exercée, le soumissionnaire étatique ne viole pas le principe de la neutralité concurrentielle s'il stipule dans une affaire un prix inférieur à ses propres coûts (sur le principe de la validité des offres à prix sous-évalué, cf. ATF 141 II 14 consid. 10.3, JdT 2015 I 81; ATF 130 I 241 consid. 7.3). Un pareil procédé peut même répondre à des considérations commerciales légitimes, ce qui entraîne son innocuité au regard du droit des marchés publics (voir les exemples présentés par GALLI et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd. 2013, p. 519 nos 1115 ss). L'offre est d'ordinaire aussi valable lorsqu'elle est influencée par des subventions versées conformément à la législation topique. Il n'existe d'ordinaire pas de distorsion inadmissible

de la concurrence, seule répréhensible au regard du droit des marchés publics, en présence de subventions étatiques régulièrement allouées (pour le tout cf. ATF 143 II 425 consid. 4.5, JdT 2018 I 55). Il est en outre reconnu que l'exonération d'impôts peut procurer au soumissionnaire étatique un avantage indéniable (ZUFFEREY/RIPPSTEIN, Le soumissionnaire étatique, in Droit de la construction 2016, p. 217). 4.1.3. Selon les statuts de l'entreprise B. _____ SA, son but est le suivant: "La société fournit des prestations de transport par train, bus, trolleybus et tout autre moyen de transports publics, ainsi que toutes les prestations de services connexes. Elle peut accomplir toutes opérations se rapportant directement ou indirectement à son objet ou au placement de ses fonds, étendre ses activités à des branches apparentées, acheter, vendre ou gérer des immeubles dans les limites de la Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, ainsi qu'acheter ou participer à toutes entreprises ayant pour but des affaires similaires ou connexes. La société peut prendre des participations dans des entreprises similaires en Suisse. La société peut créer des succursales". Selon le site internet de F. _____ (cf. ggg, consulté le 24 juillet 2024), la structure en un groupe de sociétés permet à F. _____, depuis le 1er juin 2015, de séparer les flux de capitaux entre les

Tribunal cantonal TC Page 7 de 21 sociétés filles. Conformément à la loi, le groupe F. _____ peut garantir la traçabilité des financements publics. En outre, selon le communiqué de presse de l'exercice 2017 de F. _____ du 25 mai 2018 (cf. hhh), B. _____ SA comporte trois régimes de financement. Le troisième régime concerne les produits connexes (transports hors horaire, courses scolaires, courses spéciales, remplacements de trains, travaux de maintenance effectués pour d'autres entreprises de transports publics, etc.). Or, il s'avère que, s'agissant de ces produits connexes, elle ne bénéficie d'aucune subvention et que ce régime fonctionne selon le principe de l'offre et de la demande. 4.1.4. Selon la jurisprudence, le principe de la neutralité concurrentielle peut être violé si le soumissionnaire propose une offre à un prix inférieur aux coûts effectifs de sa prestation. Il n'apparaît pas que tel soit le cas en l'espèce et la recourante ne le prétend pas non plus. En outre, la Cour de céans a procédé à l'examen des offres soumises et a pu constater que les prix de chaque poste utile au marché litigieux (frais fixes annuels liés aux chauffeurs pour le marché, frais fixes liés aux bus pour le marché et le coût des bus en fonction des kilomètres annuels) sont mentionnés dans l'offre de B. _____ SA, lesquels sont pour la majorité d'entre eux plus élevés que ceux de la recourante. En outre, l'offre globale de B. _____ SA s'inscrit dans les prix des deux autres soumissionnaires. En particulier et surtout, l'offre de l'adjudicataire (CHF 278'999.-/an) est considérablement plus élevée que celle de la recourante (CHF 233'150.-/an), de sorte qu'il n'apparaît pas qu'elle serait inférieure aux coûts effectifs de la prestation offerte. 4.1.5. S'agissant des allégations de la recourante selon lesquelles des subventions financent certaines prestations offertes par l'adjudicataire, il faut relever que, d'une part, les produits connexes de la société B. _____ SA, dont font partie les transports scolaires, ne bénéficient pas de subventions, ainsi que cela ressort des informations liées à l'exercice 2017 et dont rien ne permet de douter de leur véracité. Le régime concernant ces produits se fonde sur le principe de l'offre et de la demande, au même titre qu'une entreprise privée. D'autre part, et contrairement à ce que suppose la recourante, les chauffeurs de l'adjudicataire ne sont pas payés par des subventions étatiques, mais bien par les revenus procurés par les services offerts, dès lors qu'un montant pour les frais fixes liés aux chauffeurs est expressément prévu dans l'offre retenue. Pour ce qui est des cours et formations offerts aux chauffeurs des trois bus scolaires ainsi que des certifications obtenues par l'adjudicataire, même s'ils devaient être en partie

payés au moyen de subventions, il faut relever que les coûts y relatifs ne consisteraient, au vu notamment de la taille de l'entreprise comptant près de 900 chauffeurs, qu'en une part infime de celles-ci. Quant aux locaux utilisés par les soumissionnaires dans le cadre du marché litigieux, il n'en est pas tenu compte dans les offres, aussi bien de la recourante que de l'adjudicataire, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner par quelles ressources ils sont financés, étant encore une fois relevé que l'offre retenue est plus chère que celle de la recourante. 4.1.6. Enfin, l'argument de la recourante selon lequel la société B. _____ SA ne dispose pas de comptes analytiques séparés est sans pertinence, puisque l'offre retenue n'est pas sous-évaluée. Pour la même raison, l'exonération d'impôts ne procure pas à l'adjudicatrice un avantage particulier. De même, les autres arguments avancés par la recourante selon lesquels B. _____ SA serait avantagée de par sa position sont sans pertinence dans le contexte précité. Quoi qu'il en soit et comme on le verra ci-dessous (cf. consid. 5), l'adjudication du marché à B. _____ SA ne repose pas de manière déterminante sur le critère du prix de son offre et, partant,

Tribunal cantonal TC Page 8 de 21 sur de quelconques avantages financiers qui découleraient de la perception de subventions ou de l'exonération d'impôts. Bien plus, l'adjudication repose avant tout sur les compétences de l'adjudicataire, compétences que n'égalent manifestement pas la recourante. 4.1.7. Partant, l'offre déposée par B. _____ SA ne viole pas le principe de la neutralité concurrentielle et ne devait ainsi pas être exclue de la procédure de marché public litigieuse pour ce motif. 4.2. La recourante requiert également l'exclusion de l'offre de l'adjudicataire au motif qu'un conflit d'intérêts a entaché la procédure, puisqu'un Conseiller communal de la commune de E. _____, également co-directeur de l'entreprise mandatée par le Cercle scolaire Sâles-Vaulruz pour réaliser la procédure de marché public, a travaillé entre 2006 et 2010 pour F. _____. En l'occurrence, le Conseiller communal de la commune de E. _____, D. _____, est certes associé-gérant de la société I. _____ Sàrl, laquelle a participé à la préparation du marché litigieux. Il faut toutefois relever que la commune et la société précitée ont participé à la procédure de marché public sous l'angle de l'adjudicateur. L'art. 44 AIMP 2019 ne s'applique à l'évidence pas dans cette circonstance, puisque cette disposition prévoit des cas d'exclusion du soumissionnaire. Au surplus, la recourante ne demande pas la récusation de D. _____, de sorte que son argument est sans pertinence. Force est de constater qu'une telle requête serait quoi qu'il en soit tardive dès lors que la recourante ne s'en serait pas prévaluée dans les 10 jours dès la connaissance de l'éventuel conflit d'intérêts, elle qui était dès le départ au courant des liens en question. La recourante soutient toutefois que l'offre de B. _____ SA doit être exclue au motif que le Conseiller communal précité a également travaillé pour F. _____ entre 2006 et 2010. Or, le fait qu'un membre de l'autorité adjudicatrice ait auparavant travaillé pour l'adjudicataire n'est pas un motif d'exclusion de l'offre de cette dernière (cf. art. 44 AIMP 2019). Quoi qu'il en soit, cet argument est manifestement abusif, puisque D. _____ a travaillé dans l'entreprise adjudicataire il y a plus de 13 ans et qu'il n'occupait alors manifestement pas un poste à responsabilités impliquant des décisions: il a été en effet d'abord apprenti puis mécanicien. Au vu de ce qui précède, ce grief doit également être rejeté. 5. Il s'agit maintenant d'examiner les différentes critiques de la recourante quant à la procédure d'appel d'offre et aux notes qu'elle a reçues. 5.1. Le ch. 6.2 du dossier d'appel d'offres prévoit la méthodologie de notation suivante: "Toutes les performances et caractéristiques contenues dans le dossier d'appel d'offres sont évaluées. Les différents points techniques et administratifs sont répartis entre différents critères et sous-critères. L'analyse des offres permet d'évaluer les réponses du

soumissionnaire et d'attribuer des notes aux différents critères. La note finale est calculée à partir des notes obtenues pour chaque chapitre avec des poids différents. L'importance de ces poids par rapport à la note finale est mentionnée ci-après. Le barème des notes de 0 à 5 est retenu.

Tribunal cantonal TC Page 9 de 21 0 qui n'a pas fourni l'information ou le document non éliminatoire demandé par rapport à un critère fixé. 1 qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond pas aux attentes. 2 qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond que partiellement aux attentes. 3 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. 4 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, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification. 5 qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes avec beaucoup d'avantages particuliers, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification. Le critère 1 du tableau des coefficients est noté en tenant compte de deux décimales après la virgule. Les notes relatives aux autres critères (2, 3 et 4) sont arrondies au quart de point (les décimales possibles sont 00, 25, 50 et 75). Par exemple une note issue d'une moyenne entre 4.375 et 4.624 est arrondie à 4.50." Concrètement, dans son tableau d'évaluation, l'autorité adjudicatrice a surligné en vert les sous- critères qui présentent des avantages et qui justifient une note supérieure à 3 et en orange ceux qui présentent des désavantages, justifiant une note inférieure à 3. La couleur blanche correspond à la note 3, c'est-à-dire que l'offre répond aux attentes minimales, mais ne présente pas d'avantages particuliers.

Tribunal cantonal TC Page 10 de 21 5.2. Le ch. 6.3 du dossier d'appel d'offres mentionne les critères d'adjudication et leur pondération comme suit: Critères Coefficients 1. Aspects administratifs, service après-vente 30% 2. Critères techniques, qualité du service et sécurité 30% 3. Prix de la prestation 30% 4. Impacts environnementaux et sociaux, qualité de l'offre 10% "Un critère de sélection peut être divisé en éléments d'appréciation (sous-critères). Le nombre et l'ordre d'importance des critères et sous-critères sont définis préalablement dans le règlement d'évaluation". 5.3. La recourante avance, à de nombreuses reprises, que l'autorité adjudicatrice aurait dû lui demander des clarifications si les réponses apportées dans son offre n'étaient pas suffisamment développées ou ne correspondaient pas à ses attentes. 5.3.1. Selon l'art. 38 al. 2, 1ère phr. AIMP 2019, l'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires de donner des explications sur leurs offres. Des clarifications des offres sont fréquemment utiles pour permettre une bonne compréhension des offres, puis une comparaison adéquate de celles-ci (POLTIER, no 612). Selon l'art. 39 AIMP 2019, en vue de déterminer l'offre la plus avantageuse, l'adjudicateur peut, en collaboration avec les soumissionnaires, rectifier les offres en ce qui concerne les prestations et les modalités de leur exécution (al. 1). Une rectification n'est effectuée que si elle est indispensable pour clarifier l'objet du marché ou les offres ou pour rendre les offres objectivement comparables sur la base des critères d'adjudication (al. 2 let. a), ou si des modifications des prestations sont objectivement et matériellement nécessaires; dans ce cas, l'objet du marché, les critères et les spécifications ne peuvent cependant être adaptés de manière telle que la prestation caractéristique ou le cercle des soumissionnaires potentiels s'en trouvent modifiés (al. 2 let. a). 5.3.2. En l'occurrence, l'autorité adjudicatrice n'avait aucune obligation de demander des

clarifications à la recourante. La Cour constate d'ailleurs que l'offre de cette dernière était claire et ne suscitait pas de questions particulières. Bien plutôt, force est de constater que la recourante s'est contentée de déposer une offre répondant aux exigences minimales. En particulier, elle s'est, sur de nombreux points, contentée d'accepter le critère, sans apporter de précisions. Elle a en outre, pour certains points, renoncé volontairement à décrire de manière détaillée les éléments qui devaient pourtant l'être de manière exhaustive eu égard aux précisions quant au système de notation figurant dans le cahier des charges et n'a parfois pas répondu correctement à la question posée. A cet égard, il faut relever que les deux autres soumissionnaires ont été en mesure de comprendre que des explications complémentaires étaient nécessaires, en particulier la troisième entreprise soumissionnaire, de taille comparable à la recourante. Cette dernière ne peut ainsi pas se prévaloir de l'absence de ressources et de compétences de sa part en matière de marchés publics pour justifier l'offre juste suffisante qu'elle a déposée. On peut encore relever que l'adjudicatrice n'a demandé d'explications complémentaires à aucun des autres soumissionnaires et qu'elle a évalué

Tribunal cantonal TC Page 11 de 21 les offres telles que déposées. Force est ainsi d'admettre que des clarifications n'avaient pas à être demandées, de sorte que l'on n'est pas non plus en présence d'un cas de rectification de l'offre. A l'évidence, l'offre de la recourante manque de précisions et de compléments en comparaison avec celles des autres soumissionnaires, lesquelles sont complètes et détaillées. Partant, ce grief doit aussi être rejeté. 5.4. La recourante conteste la note 3 obtenue pour le critère no 1 "Aspect administratif, service après-vente". Elle prétend avoir en particulier correctement répondu aux points 7 (personne de contact) et 8 (incivilités) de l'annexe G et explique que le processus de gestion des incivilités est celui qu'elle a convenu avec l'adjudicatrice. 5.4.1. En l'occurrence, s'agissant de la personne de contact, l'autorité intimée estime que l'indication de cette personne ainsi que d'un numéro de téléphone répond aux attentes minimales, mais qu'elle ne présente pas d'avantage particulier. Elle précise que l'explication donnée dans le recours quant au fonctionnement du numéro de contact ne figurait pas dans l'offre, mais que cela ne change rien à la note à attribuer. S'agissant du point 8, les indications données par la recourante ne présentent pas d'avantage particulier non plus. L'adjudicataire a en revanche produit un document avec le détail d'un processus complet de médiation en cas d'incivilités. L'autorité intimée relève encore que si la note de 3 a été accordée à la recourante pour l'annexe G et celle de 4.5 à l'adjudicataire, c'est en raison des avantages que la seconde présente quant à ses conditions et délais d'intervention ainsi qu'à son processus de gestion en cas d'incivilités. 5.4.2. La Cour de céans a procédé à un examen des offres déposées aussi bien par la recourante que par l'adjudicataire et a pu constater la réalité des explications fournies sur ces aspects par l'autorité intimée dans ses observations sur le recours. Il apparaît ainsi que l'offre de l'adjudicataire présente des avantages quant à ses conditions et délais d'intervention ainsi qu'à son processus de gestion en cas d'incivilités, avantages que ne propose pas la recourante. En effet, l'adjudicataire a exposé de manière détaillée son processus de gestion en cas d'incivilités. L'offre de la recourante ne contient en revanche pas de telles informations et se contente d'énumérer très brièvement les étapes qu'elle suit en cas d'incivilités. Le fait qu'il s'agisse du processus de gestion convenu avec l'autorité adjudicatrice ne change rien à ce qui précède. Il sied également de relever que, s'il est vrai qu'il suffisait d'accepter les sous-critères, il n'en demeure pas moins que le système de notation figurant dans le cahier des charges (cf. ch. 6.2, ég. consid. 5.1 ci-dessus) prévoit l'attribution de la note de 3 si les attentes minimales sont remplies, sans présenter d'avantage

particulier. En se limitant à accepter les sous-critères, la recourante ne pouvait à l'évidence pas s'attendre à obtenir une note plus élevée que 3, dans la mesure où elle ne prétend même pas proposer des avantages particuliers. Les deux autres soumissionnaires ont en revanche bien compris que les avantages qu'ils pouvaient offrir devaient être explicités, ce qui leur a permis d'obtenir des notes supérieures. S'agissant de la personne de contact, aussi bien la recourante que l'adjudicataire ont indiqué ses nom et numéro de téléphone, élément sur lequel les deux soumissionnaires ont été notés correctement de manière identique. Au vu de ce qui précède, les notes attribuées par l'adjudicatrice pour le critère no 1 n'apparaissent manifestement pas insoutenables. 5.5. La recourante conteste ensuite la note obtenue pour le critère no 2. S'agissant du plan de renouvellement de ses véhicules, elle soutient avoir fourni un tel plan et indique que ses véhicules, qui disposent de tous les éléments de sécurité active et passive disponibles sur le marché, peuvent être utilisés pour une période supplémentaire de cinq ans. En outre, le remplacement de bus qui

Tribunal cantonal TC Page 12 de 21 n'ont que cinq ans est contraire aux principes du développement durable, ce qui justifie qu'une note supérieure à 2 lui soit attribuée. Concernant les statistiques de distance, elle explique qu'il est notoire que ses véhicules sont équipés d'un tachygraphe qui montrent les heures et kilomètres effectués. Elle remet également en cause la note obtenue pour les informations transmises dans les annexes E et F relatives aux chauffeurs. 5.5.1. En l'occurrence, l'autorité intimée explique que la réduction de sa note pour ce critère découle, entre autres, de l'absence de plan de renouvellement, contrairement à ce qui est indiqué dans les documents fournis. La seule information concernant le renouvellement du parc de véhicules de la recourante figure dans sa lettre accompagnant l'offre, dont il ressort que les trois bus actuels continueront d'être utilisés. La note de 2 pour l'annexe C s'explique également par une réponse insatisfaisante en ce qui concerne les statistiques de distance. En effet, les soumissionnaires devaient pouvoir "fournir mensuellement la distance parcourue pour chaque bus", alors que la recourante a indiqué un nombre de km avec une marge d'erreur. S'agissant de l'annexe E relative aux chauffeurs, les deux soumissionnaires ont reçu une note identique. Quant à l'annexe F, l'autorité a considéré l'offre de l'adjudicataire comme meilleure. Pour le critère F1 "Chauffeurs: exigences", la recourante ne répond pas à la question portant sur les mesures organisationnelles prises à l'interne pour former et sensibiliser les chauffeurs aux particularités et contraintes des transports scolaires, mais a listé des mesures qui ont trait au comportement des chauffeurs. Pour le critère F3 "Chauffeurs: processus de recrutement", la recourante n'a pas annexé de document, contrairement à ce qu'elle prétend, et n'a pas apporté de précisions quant au processus y relatif. En outre, l'autorité intimée a considéré que l'offre de l'adjudicataire était meilleure sur ce point. S'agissant de la sécurité (annexe D), l'offre de l'adjudicataire est plus détaillée que celle de la recourante. Il en résulte que la prestation proposée par la recourante est de moins bonne qualité que celle de l'adjudicataire. 5.5.2. La Cour de céans a également procédé à un examen des offres déposées pour le critère no 2 et a pu constater la véracité des explications fournies sur ces aspects par l'autorité intimée dans ses observations sur le recours, sous réserve de ce qui suit. D'après l'autorité, les 2 points accordés pour l'annexe C résultent de l'absence de plan de renouvellement des véhicules et des statistiques de distance imprécises. Il faut toutefois reconnaître que la recourante a annexé un document qui contient un paragraphe intitulé "Plan de renouvellement", dans lequel il est expliqué que ses véhicules ont cinq ans et qu'ils pourront être utilisés pour le prochain mandat de cinq ans. Dans la mesure où le cahier des charges ne prévoit pas d'exigences particulières quant au format et contenu dudit plan de

renouvellement, il peut raisonnablement être admis que la recourante en a produit un. Ainsi, les 2 points obtenus pour l'annexe C pourraient tout au plus être augmentés à 2.5. Une notation en-dessous de 3 se justifie quoi qu'il en soit, dès lors que les statistiques de distance imprécises présentent un désavantage de l'avis de l'adjudicatrice. L'adjudicataire, quant à elle, a obtenu la note de 3.5, l'autorité intimée ayant considéré que les carnets kilométriques dont sont équipés les bus présentent un avantage. Cela étant, si l'on devait bel et bien retenir la note de 2.5 pour la recourante, cela ne changerait rien au résultat final, ainsi qu'on peut le constater ci-dessous. S'agissant du critère F1, le soumissionnaire devait décrire de manière détaillée les processus mis en place pour s'assurer de la tenue des exigences décrites au chapitre 2.2.6 du dossier d'appel d'offre (par ex. cours dispensés, processus internes). Dites exigences consistent pour l'essentiel en les instructions données par le transporteur à son personnel quant à ses devoirs, et en la vérification des bus en fin de tournées. La recourante n'a pas décrit les processus qu'elle a mis en place pour s'assurer du respect de ces exigences, mais a listé les instructions qu'elle donne à ses chauffeurs, de sorte qu'il faut admettre qu'elle n'a pas répondu correctement à la question. Dans ces

Tribunal cantonal TC Page 13 de 21 circonstances, la note de 3 qu'elle s'est vue attribuer semble même généreuse, puisqu'on peut se demander, dans de telles circonstances, si les exigences minimales sont même atteintes. S'agissant du processus de recrutement (F3), la recourante l'a certes décrit, mais de manière incomplète et sans présenter d'avantages particuliers. L'adjudicataire en revanche a décrit de manière précise les différentes étapes de son processus de recrutement, notamment à l'aide de schémas, et a décrit de manière précise les objectifs des cours à suivre pour les nouveaux chauffeurs, de sorte qu'il ne peut pas être reproché à l'autorité intimée d'avoir considéré que l'adjudicataire présentait, pour ce critère, des avantages par rapport à la recourante, en particulier dès lors que l'offre de cette dernière ne contient pas toutes les informations sur les cours dispensés à ses chauffeurs. La recourante tente encore de justifier le manque d'informations relatives à la sécurité de ses véhicules. Or, l'annexe D y relative demandait expressément de décrire de manière exhaustive leurs systèmes de sécurité active et passive, ce que n'a pas fait la recourante. S'agissant de l'ancienneté des bus utilisés, la Cour constate en premier lieu que la recourante n'a pas donné de précisions sur la date de mise en circulation de l'un de ses bus. En second lieu, il faut reconnaître que les véhicules de l'adjudicataire sont globalement plus récents que ceux de la recourante, dans la mesure où le bus de 2015 mis à disposition par l'adjudicataire sera remplacé au printemps 2025. Par conséquent, l'autorité pouvait légitimement accorder une note supérieure à l'adjudicataire pour ce critère, la note de 2 obtenue par la recourante n'étant pas non plus insoutenable dans le contexte précité. 5.6. La recourante conteste également la note obtenue pour le critère no 4 "impacts environnementaux et sociaux, qualité de l'offre". Elle critique le critère posé quant aux apprentis et fait valoir qu'il sied de retenir le nombre total d'apprentis au sein des entreprises de son groupe, dès lors que c'est aussi l'ensemble de ceux engagés par le groupe F. _____ dont il a été tenu compte. De plus, elle relève ne pas avoir de convention collective de travail (ci-après: CCT) mais déclare prendre des mesures en faveur de ses employés; de même, elle ne peut pas se targuer d'un certificat en matière de développement durable, mais a adopté des mesures allant dans ce sens. Elle explique également que ses chauffeurs sont régulièrement formés et ne pas comprendre sa note pour la qualité de l'offre. Elle tente encore de justifier les différences entre son offre et celle de l'adjudicataire par la différence de taille des deux entreprises et, par conséquent, de leurs moyens. L'autorité intimée explique quant à elle n'avoir donné aucun point à la recourante pour le critère des

apprentis puisqu'elle n'en a pas. Elle soutient qu'il faut uniquement tenir compte des apprentis de la société soumissionnaire, et non des apprentis d'autres sociétés du groupe. L'opportunité de ce critère aurait dû être contestée dans le cadre d'un recours contre l'appel d'offres. Concernant l'annexe J.2 (CCT), il s'agissait d'examiner les conditions de travail applicables dans l'entreprise et non d'attribuer des points supplémentaires en cas de conclusion d'une CCT. Elle a ainsi considéré que les conditions de travail de l'adjudicataire étaient meilleures que celles de la recourante, laquelle n'a d'ailleurs apporté ni explications ni détails à ce sujet. De même, l'autorité estime que l'adjudicataire est meilleure s'agissant des formations qu'elle propose à ses employés. Pour la norme qualité (annexe J.4), vu que l'adjudicataire cherche à appliquer l'équivalent des critères de la certification ISO 9001, elle s'est vue délivrer une meilleure note. Quant à la note relative à l'annexe au développement durable, elle a été déterminée de manière objective en fonction des points obtenus, conformément à la grille de notation T5 du Guide romand des marchés publics, sans tenir compte des mesures prises par les autres sociétés de son groupe. Enfin, la réduction des points pour la qualité de l'offre résulte de l'absence de documents et de l'organisation de l'offre. 5.6.1. Dans sa jurisprudence (arrêt TAF B-1600/2014 du 2 juin 2014), le TAF a jugé que, lorsque le soumissionnaire est un groupe de sociétés ou une société mère, ses filiales doivent être

Tribunal cantonal TC Page 14 de 21 considérées comme ses sous-traitants ou ses fournisseurs. En revanche, si le soumissionnaire est une filiale, la situation factuelle ou juridique du groupe auquel elle appartient ou de sa société mère ne peut pas être transposée en sa faveur. Si un tel soumissionnaire souhaite s'appuyer sur la situation factuelle ou juridique de sa société mère, encore faut-il que cette dernière intègre formellement le consortium de soumission en tant que sous-traitante ou fournisseuse. Il ne suffit pas que la société mère soit dans une relation étroite avec sa filiale. Enfin, le TAF a estimé qu'une soumissionnaire peut s'appuyer sur le soutien financier et technique d'une autre société uniquement si elle est en mesure de prouver qu'elle dispose effectivement de tels soutiens (DUBEY/WASER/DI CICCO, La jurisprudence en marchés publics entre 2014 et 2016, in *Marchés publics 2016*, p. 134). 5.6.2. Pour ce critère n°4 également, la Cour a procédé à un examen des offres déposées. Tout d'abord, il faut relever que l'argument de la recourante, invoqué à plusieurs reprises, selon lequel une petite entreprise comme la sienne ne peut pas fournir les mêmes prestations qu'une grande entreprise comme celle de l'adjudicataire est sans pertinence, dans la mesure où la participation des soumissionnaires étatiques, et donc de grandes entreprises, en l'occurrence celle de l'adjudicataire, est admise par la jurisprudence (cf. consid. 4.1.2 ci-dessus). S'agissant ensuite du nombre d'apprentis (annexe J.1), le cahier des charges prévoit que la note est attribuée selon l'annexe T6 du Guide romand des marchés publics. Celle-ci prévoit que, pour les entreprises de 51 à 100 employés, en équivalent plein temps (EPT), la notation se fait en pourcentage de la manière suivante: nombre d'apprentis / nombre d'employés en EPT x 100. Le nombre d'apprentis correspond à l'addition du nombre d'apprentis formés pour chacune des quatre dernières années. En fonction du pourcentage obtenu, une note est attribuée selon un tableau figurant dans l'annexe T6. Le principe est le même pour les entreprises de plus de 100 employés; seul le tableau de notation diffère. En l'occurrence, il faut reconnaître à la recourante que le nombre d'apprentis et d'employés retenus pour l'adjudicataire est erroné, dans la mesure où il est tenu compte des employés et apprentis du groupe et non seulement de l'entreprise B._____ SA (cf. arrêt TAF B-1600/2014 du 2 juin 2014 précité). En effet, d'après l'annexe "Présentation de l'entreprise" fournie par l'adjudicataire avec son offre, F._____

comptent plus de 1'200 collaborateurs et, d'après son site internet, ils emploient une vingtaine d'apprentis par année. Or, dans son offre, l'adjudicataire fait état de 1'233 EPT et de 17, 18, respectivement 19 apprentis par année durant les quatre dernières années, de sorte qu'il est manifeste que B. _____ SA n'a pas fait mention de ses seuls apprentis, mais bien de ceux de son groupe. C'est ainsi à juste titre que la recourante se prévaut d'une inégalité dans l'attribution de la note quant à ce critère. La Cour ne disposant pas du nombre déterminant d'employés et d'apprentis pour la seule société B. _____ SA, elle retient abstraitement la note de 0 pour ce critère, sans que cela n'influence au final l'attribution du marché (cf. consid. 5.9 ci-dessous). Par conséquent, dès lors que les deux soumissionnaires obtiennent la même note, déterminée de manière identique, la question de la légitimité dudit critère soulevée par la recourante peut rester indécise. S'agissant de la CCT (annexe J.2), comme indiqué par l'autorité intimée, les points attribués ne dépendent pas de la conclusion ou non d'une CCT par une entreprise, mais bien des conditions de travail appliquées à ses employés. Cela ressort également du cahier des charges, qui prévoit deux différents champs à remplir, selon que l'entreprise soumissionnaire dispose ou non d'une CCT. En l'occurrence, il ressort des offres des soumissionnaires que les conditions de travail de l'adjudicataire ont été décrites de manière plus détaillée en mettant en avant les avantages dont bénéficient ses employés, alors que celle de la recourante décrit brièvement les conditions de travail de ses employés. Il apparaît d'ailleurs que l'offre de cette dernière n'était pas complète, dans la mesure où

Tribunal cantonal TC Page 15 de 21 elle amène des explications complémentaires au stade du recours, notamment le fait qu'elle respecte la convention collective signée entre l'Association suisse des transports routiers (ASTAG) et les Routiers Suisses. En outre, il ne peut être reproché à l'autorité intimée d'avoir considéré que les conditions de l'adjudicataire étaient meilleures, puisqu'il ressort expressément des documents produits par cette dernière que ses employés bénéficient d'avantages que la recourante ne propose pas, p. ex., la prise en charge des contrôles médicaux professionnels obligatoire ou, en cas de besoin, la prise en charge d'une assistance sociale, psychologique et juridique. Ainsi, les notes attribuées pour ce critère l'ont été à juste titre. Concernant les formations des employés (annexe J.3), il est soutenable que l'autorité intimée ait accordé un point supplémentaire à l'adjudicataire, dès lors que celle-ci propose à ses employés une liste de formations continues afin de développer leurs compétences dans différents domaines, contrairement à la recourante. En effet, celle-ci propose uniquement des cours en lien avec les cours obligatoires destinés aux chauffeurs, tout en indiquant participer financièrement aux formations de perfectionnement de ses employés, si ceux-ci en font la demande. Les points obtenus pour la qualité et la sécurité (annexe J.4) résultent pour les deux soumissionnaires de l'absence de processus qualité ou de certifications. S'agissant de la norme ISO 9001, aucun des deux soumissionnaires n'est en effet au bénéfice de cette certification. La recourante ne prétend pas la suivre et l'adjudicataire explique développer un système de management correspondant à cette norme. Cette dernière a en outre produit un document expliquant la manière dont sont déployés les différents chapitres de dite norme au sein de l'entreprise. Il en résulte que les deux soumissionnaires ont obtenu des points inférieurs à 3, l'adjudicataire obtenant toutefois une meilleure note que la recourante, dans la mesure où elle met en place un processus visant à suivre la norme. Pour les concepts de sécurité relatifs à l'appel des médecins du travail et aux équipements de travail, la recourante n'a décrit que brièvement les concepts de sécurité mis en place, à la différence de l'adjudicataire qui a produit des documents détaillés démontrant les processus. Il ne peut ainsi être reproché à l'autorité

adjudicatrice d'avoir accordé 0.5 point de plus à l'adjudicataire pour chacun de ces concepts. Concernant l'annexe J.5 (développement durable), la recourante a obtenu 18 points. Le nombre de points correspond aux réponses qu'elle a données. Les points sont directement indiqués sur le document à remplir, de sorte qu'il n'y a pas à mettre en doute le résultat obtenu, ni la note attribuée, qui est fonction des points reçus. Quoi qu'en dise la recourante, il n'y a pas lieu de tenir compte des mesures prises par les entreprises de son groupe (cf. arrêt TAF B-1600/2014 du 2 juin 2014 précité). S'agissant de la note obtenue par l'adjudicataire, la recourante soutient qu'il n'y aurait pas à prendre en compte les caractéristiques relatives au développement durable de l'entier du groupe F. _____, mais seulement de B. _____ SA. Ce n'est toutefois pas ce qui a été fait. En effet, d'une part, le nom figurant sur l'annexe Q5 est celui de B. _____ SA et non celui du groupe F. _____. D'autre part, la recourante ne démontre pas en quoi les indications données dans cette annexe ne seraient pas celles de B. _____ SA. Il n'y a ainsi pas lieu de remettre en cause les notes attribuées pour le critère de cette annexe. Concernant enfin la qualité de l'offre, il ne peut être reproché à l'autorité intimée de ne pas avoir donné la totalité des points à la recourante. En effet, elle pouvait légitimement réduire les points en raison de l'organisation de l'offre et de l'absence de certains documents demandés. Il sied encore de rappeler ici que l'autorité intimée dispose d'une grande latitude de jugement pour apprécier et comparer les offres en lice lors de l'attribution d'un marché. Une correction des notes

Tribunal cantonal TC Page 16 de 21 ou des points obtenus ne peut être envisagée qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (cf. consid. 2 ci-dessus). Hormis s'agissant du critère des apprentis, l'autorité intimée n'a toutefois en l'espèce manifestement pas abusé ou excédé son large pouvoir d'appréciation, de sorte que la Cour de céans n'a pas à rectifier les notes décernées. 5.6.3. Au vu de tout ce qui précède, la note de la recourante a été correctement attribuée. En revanche, celle de l'adjudicataire doit être diminuée à 2.72, arrondie à 2.75, comme cela ressort du tableau ci-dessous (cf. consid. 5.9). 5.7. La recourante conteste aussi la note de 4.96 obtenue pour le critère du prix, en particulier les points qui lui ont été attribués pour la construction du prix. Comme on le verra ci-dessous (cf. consid. 5.9), en arrondissant la note pour ce critère conformément à la méthodologie de notation, la recourante obtient la note de 5 pour ce critère. Au surplus, la pondération du prix à hauteur de 30% qui aurait été fixée de la sorte en vue de favoriser l'adjudicataire ne repose sur aucun élément probant et consiste en une simple allégation. Au demeurant, la recourante aurait dû s'en prévaloir dans le cadre d'un recours contre l'appel d'offre. 5.8. La recourante soutient enfin que l'offre de l'adjudicataire tomberait dans la surqualification ou la surqualité. Or, au vu de tout ce qui précède, il apparaît au contraire que c'est l'offre de la recourante qui est nettement inférieure à ce que l'on pouvait attendre de sa part, à tout le moins pour emporter le marché. L'offre de l'adjudicataire présente quant à elle certes des avantages, sans toutefois tomber dans la surqualification ou la surqualité. Preuve en est d'ailleurs que cette dernière n'obtient jamais la note de 5 pour les différents sous-critères. 5.9. Au vu de tout ce qui précède, la Cour a recalculé les notes des deux soumissionnaires. Elle a notamment arrondi les moyennes au quart de points pour les critères 2, 3 et 4, ce que n'a étonnamment pas fait l'autorité adjudicatrice, quand bien même cette manière de calculer est précisément prévue dans la méthodologie de notation (cf. ch. 6.2 du dossier d'appel d'offres, é.g. consid. 5.1 ci-dessus). Pour la recourante, ses notes sont les suivantes, avec la correction mentionnée au consid. 5.5.2:

Tribunal cantonal TC Page 17 de 21 Critère Pondération Sous-critère Pondération
Pondération totale Note obtenue 1 Aspects administratifs, services après-vente 30% Annexe
G 33% 10% 3 Annexe H 33% 10% 3 Annexe I 33% 10% 3 Note : 3 2 Critères techniques,
Qualité du service et sécurité 30% Annexe C 15% 4.5% 2.5 Annexe D 25% 7.5% 2 Annexe
E 30% 9% 3 Annexe F 30% 9% 3 Note : 2.67, arrondie à 2.75 3 Prix de la prestation 30%
Note du prix de la prestation 98% 29.4% 5 Construction du prix 2% 0.6% 3 Note : 4.96,
arrondie à 5 4 Impacts environnementaux et sociaux, qualité de l'offre 10% Note des
impacts sociaux 45% 4.5% 1.67 Note qualité et sécurité 45% 4.5% 1.75 Note qualité de
l'offre 10% 1% 2.33 Note : 1.77, arrondie à 1.75

Tribunal cantonal TC Page 18 de 21 Pour l'adjudicataire, ses notes sont les suivantes, avec
la modification mentionnée au consid. 5.6.2:

Critère Pondération Sous-critère Pondération Pondération totale Note obtenue 1 Aspects
administratifs, services après-vente 30% Annexe G 33% 10% 4.5 Annexe H 33% 10% 4
Annexe I 33% 10% 3 Note : 3.83 2 Critères techniques, Qualité du service et sécurité 30%
Annexe C 15% 4.5% 3.5 Annexe D 25% 7.5% 4 Annexe E 30% 9% 3 Annexe F 30% 9% 4
Note : 3.63, arrondie à 3.75 3 Prix de la prestation 30% Note du prix de la prestation 98%
29.4% 3.49 Construction du prix 2% 0.6% 3 Note : 3.48, arrondie à 3.5 4 Impacts
environnementaux et sociaux, qualité de l'offre 10% Note des impacts sociaux 45% 4.5%
2.67 Note qualité et sécurité 45% 4.5% 2.75 Note qualité de l'offre 10% 1% 2.83 Note :
2.72, arrondie à 2.75

Tribunal cantonal TC Page 19 de 21 Il en résulte le tableau récapitulatif suivant: Critères
Pondération Notes A. _____ SA Notes B. _____ SA 1 Aspects administratifs,
services après-vente 30% 3 3.83 2 Critères techniques, Qualité du service et sécurité 30%
2.75 3.75 3 Prix de la prestation 30% 5 3.5 4 Impacts environnementaux et sociaux, qualité
de l'offre 10% 1.75 2.75 Note finale 100% 3.4 3.6 Au vu de ce qui précède et malgré les
modifications opérées, l'adjudicataire conserve une note finale de 3.6 supérieure à celle de
la recourante (3.4), de sorte que c'est à juste titre que le marché lui a été attribué. 6. 6.1.
S'agissant de la consultation du dossier requise par la recourante, il est relevé que cette
dernière a eu accès au tableau de notation. 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. Certains de ses griefs concernent sa propre offre, de sorte que
la consultation de l'offre de sa concurrente ne lui est d'aucune utilité. D'autres ont certes trait
à l'offre de l'adjudicataire. Cela étant, la recourante a obtenu une motivation détaillée dans
le cadre de la réponse au recours, de sorte qu'elle a pu se rendre compte - quoi qu'elle en
dise - de la portée de la décision attaquée et des motifs pour lesquels le pouvoir adjudicateur
a attribué les notes ici critiquées, respectivement des raisons pour lesquelles son offre n'a
pas été retenue. Au demeurant, 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. Partant, la requête tendant à la
consultation du dossier complet doit être rejetée. 6.2. 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 références citées). La Cour de céans considère qu'une audience d'instruction
comprenant l'interrogatoire des parties 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 l'ont conduit à attribuer les notes litigieuses et, partant, de trancher le litige (cf. arrêt TF 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; arrêt TC FR 602 2022 200 du 14 février 2023 consid. 6.2) et que la recourante a eu largement l'occasion de s'exprimer dans le cadre de deux échanges d'écritures. Ces mesures d'instruction ne sont pas susceptibles de modifier l'issue de la présente procédure (cf. ATF 130 II 425 consid. 2.1 et les réf. citées; 145 I 167 consid. 4.1; arrêts TF

Tribunal cantonal TC Page 20 de 21 8C_610/2021 du 2 février 2022 consid. 3.2; TC FR 603 2015 51 du 18 juillet 2016 consid. 5; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n. 1972; JAÏCO CARRANZA/MICOTTI, art. 59, n. 59.4) et doivent dès lors être rejetées. 7. Mal fondé, le recours (602 2024 74) doit être rejeté et la décision attaquée confirmée dans son résultat. L'affaire étant jugée sur le fond, la demande d'effet suspensif (602 2024 76) est devenue sans objet. 8. 8.1. Vu l'issue du litige, les frais de procédure - fixés selon les art. 1 et 2 du tarif fribourgeois du

E. 17

décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (RSF 150.12) - sont mis à la charge de la recourante qui succombe, conformément à l'art. 131 CPJA. 8.2. Le Cercle scolaire formé par les communes de E. _____ et J. _____, qui a fait appel à un mandataire professionnel pour défendre ses intérêts, requiert l'octroi d'une indemnité de partie. Selon l'art. 139 CPJA, aucune indemnité de partie n'est allouée aux collectivités publiques visées à l'art. 133 - à savoir la Confédération, l'Etat, les communes et autres personnes morales de droit public ainsi que les particuliers et les institutions privées chargés de tâches de droit public -, sauf dans les cas où leurs intérêts patrimoniaux sont en cause ou que des circonstances particulières ont rendu nécessaire l'appel à des mandataires extérieurs. 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 TA FR 4F 1991 34 du 10 avril 1992 consid. 5 in RFJ 1992 199). Aussi, lorsque la décision prise entraîne des conséquences pécuniaires, doit-on admettre que ses intérêts patrimoniaux sont en cause et que, par conséquent, la collectivité publique ne bénéficie ni de l'exonération des frais de procédure prévue par l'art. 133 CPJA ni de celle de l'indemnité de partie de l'art. 139 CPJA (arrêt TC FR 602 2022 185 du 14 décembre 2022 consid. 4.2). En l'occurrence, la décision d'adjudication litigieuse se rapporte au transport scolaire des deux communes précitées, soit à leur patrimoine administratif, dans la mesure où l'organisation de l'école est clairement une tâche publique qui leur revient. Ainsi, leurs intérêts patrimoniaux, au sens de l'art. 139 CPJA, ne sont manifestement pas en cause. Cela vaut d'autant plus qu'en l'occurrence, la problématique sur le fond reposait davantage sur des connaissances techniques que juridiques. La demande de l'autorité intimée tendant à l'octroi d'une indemnité de partie doit être rejetée. L'intimée, qui n'est pas représentée par un avocat, n'a pas non plus droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA). (dispositif en page suivante)

Tribunal cantonal TC Page 21 de 21 la Cour arrête : I. Le recours (602 2024 74) est rejeté. II. La requête d'effet suspensif (602 2024 76), devenue sans objet, est rayée du rôle. III. Les frais de procédure, fixés à CHF 3'000.-, sont mis à la charge de la recourante et compensés par l'avance de frais versée. IV. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie. V. Notification.

Pour autant qu'elle pose une question juridique 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 25 juillet 2024/ape/mab Le Président La Greffière

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