

VD_OMNI MPU.2019.0026 vom 4. Mai 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-05-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2019.0026

FR: VD_OMNI MPU.2019.0026 du 4 mai 2020

IT: VD_OMNI MPU.2019.0026 del 4 maggio 2020

Regeste

A. _____, B. _____, C. _____ | Les conditions de l'appel d'offres doivent être interprétées selon les règles de la bonne foi (consid. 7b). Admissibilité des critères d'adjudication de nature environnementale. En l'occurrence, le sous-critère de la provenance de la matière première (plaquettes de bois) est lié aux distances de transport entre, d'une part, la forêt de provenance du bois et le lieu de stockage intermédiaire et, d'autre part, ce lieu de stockage intermédiaire et les chaufferies où les plaquettes doivent servir de combustible. La localisation du siège ou des locaux de l'entreprise ne joue pas de rôle, de sorte que les offreurs locaux ne sont pas particulièrement avantagés. De plus, les transports de bois par camions pendant la durée du contrat (10 ans) sont de nature à causer des nuisances potentiellement importantes. Il n'y a donc pas lieu de remettre en cause le critère des distances de transport, ce d'autant moins que l'appel d'offres n'a pas été contesté (consid. 7c).

Erwägungen

E. 1

a) Le Tribunal cantonal examine d'office la recevabilité des recours qui lui sont adressés. Il vérifie également d'office s'il est compétent pour traiter la cause qui lui est soumise (art. 6 al. 1 de la loi cantonale sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 [LPA-VD; BLV 173.36], applicable par renvoi de l'art. 10 al. 3 de la loi cantonale sur les marchés publics du 24 juin 1996 [LMP-VD; BLV 726.01]). La compétence de la Cour de céans suppose en principe que le marché litigieux soit soumis au droit des marchés publics (cf. arrêt du Tribunal administratif GE.1998.0178 du 2 juillet 1999 consid. 2f; voir aussi Galli/Moser/Lang/Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3 e éd., 2013, n. 1239 ss). b) En l'occurrence, selon B. _____, l'AMP n'est pas applicable en l'espèce, car la note 5 relative à l'annexe 3 de l'appendice I exclut de son champ d'application les marchés passés "pour la fourniture [...] de combustibles destinés à la production d'énergie". L'accord bilatéral, qui a élargi la libéralisation dans le domaine de l'énergie, en l'étendant au-delà du seul secteur de l'électricité, ne serait pas non plus applicable. En effet, en vertu de son art. 3 let. f, cet accord s'applique aux "entités privées assurant un service au public", soit des entités qui ne sont pas couvertes par l'AMP mais bénéficient de droits exclusifs ou spéciaux délivrés pour l'exercice de cette activité par une autorité compétente d'une des parties et ont parmi leurs activités l'une de celles citées aux points (i) à (v). Or, en l'occurrence, la commune de D. _____ n'aurait attribué à B. _____ aucune concession lui permettant d'exploiter à titre exclusif un réseau de chauffage à distance sur le territoire communal; en outre, la fourniture de chauffage à distance ne ferait pas partie des activités entrant dans le champ d'application de l'accord. Examinant ensuite le cas d'espèce à la lumière du droit interne et plus particulièrement de l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25

novembre 1994 (AIMP; BLV 726.91), B. _____ estime qu'elle ne tombe pas sous le coup de l'art. 8 al. 1 let. c AIMP. En effet, cette disposition envisage, entre autres pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques ou privées opérant au moyen d'un droit exclusif ou particulier notamment dans le domaine de l'approvisionnement en énergie. B. _____ ne correspondrait pas à cette définition, du moment qu'elle n'est pas au bénéfice d'un "droit exclusif ou particulier", à savoir d'un monopole ou d'une concession octroyée par la commune de D. _____. En outre, la disposition en question envisagerait seulement l'approvisionnement en énergie électrique, conformément à l'AMP, de sorte qu'une activité de chauffage à distance serait exclue de son champ d'application. B. _____ se prévaut à cet égard de l'arrêt rendu le 24 octobre 2013 par la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal fribourgeois (affaire 602 2012 123 et 602 2012 127), après que la Cour de céans lui eut transmis le dossier de la cause comme objet de sa compétence (arrêt MPU.2012.0029, MPU.2012.0031 du 28 mars 2013). B. _____ ne constituerait pas non plus un pouvoir adjudicateur au sens de l'art. 8 al. 2 let. a AIMP et/ou de l'art. 1 al. 1 let. b LMP-VD. En effet, ces dispositions visent les "autres collectivités" assumant des tâches cantonales ou communales, dans la mesure où elles n'ont pas de caractère commercial ou industriel; la notion doit être interprétée en lien avec celle d'organisme de droit public au sens de l'annexe

E. 3

l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer urbain, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus ou câble (spécifiés sous titre III);

E. 4

l'exploitation d'une aire géographique dans le but de mettre à la disposition des transporteurs aériens des aéroports ou d'autres terminaux de transport (spécifiés sous-titre IV);

E. 4.5

p. 58 ss). L'activité d'intérêt général, n'ayant pas un caractère industriel ou commercial, ne doit pas être la seule, ni même la principale; l'organisme peut exercer en parallèle d'autres activités (qui ne sont pas d'intérêt général) ou qui revêtent un caractère commercial ou industriel (Beyeler, op. cit., n. 177, 254 et les renvois, not. à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne; voir aussi ATF 145 II 49 consid. 4.4.3.2 p. 57: "[...] können Umstände rechtlicher oder tatsächlicher Natur nach sich ziehen, dass in einem ihrer Tätigkeitsbereiche gar kein ausreichender Wettbewerb herrscht [...] [mis en évidence par le réd.]). L'entité qualifiée d'organisme de droit public qui exerce à la fois des activités non commerciales/industrielles et des activités qui présentent au contraire ce caractère est soumise au droit des marchés publics pour l'ensemble de ses activités – commerciales et non commerciales – (Beyeler, op. cit., n. 177). 4. S'agissant du champ d'application objectif du droit des marchés publics, la notion de marché public implique que le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire constituent deux personnes distinctes (arrêt MPU.2011.0020 du 16 mars 2012 consid. 2b). Ainsi, lorsqu'un pouvoir adjudicateur fait exécuter des services par son propre personnel, ou en cas de délégation de tâches publiques interne à l'administration (marché "in house"), il ne s'agit pas d'un marché public (Poltier, op. cit., n. 199; Evelyne Clerc, Commentaire romand, Droit de la concurrence, Bâle 2002, n° 57 ad art. 5 LMI; Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés

publics, Fribourg 2002, p. 65 s.). La situation est analogue lorsque le pouvoir adjudicateur ne se procure pas une prestation en son sein, mais auprès d'un adjudicataire ayant sa propre personnalité juridique qui est en lien très étroit avec lui (Jean-Baptiste Zufferey, *Le champ d'application du droit des marchés publics*, in: *Marchés publics 2008*, Zufferey/Stöckli édité., 2008, n° 28 p. 160; Martin Beyeler, *In-house-Vergaben*, in: *Marchés publics 2010*, Zufferey/Stöckli édité., 2010, p. 17 ss, n. 7 s.). Dans des situations de ce genre, où l'on parle de marché "quasi in house", la jurisprudence européenne a admis, à certaines conditions, que le marché sortait du champ d'application objectif du droit des marchés publics. Les juridictions suisses se sont parfois inspirées de cette jurisprudence (voir Poltier, *op. cit.*, n. 198; Jean-Baptiste Zufferey, *Marchés "in-house" et "quasi in-house"*, DC 2013 p. 28 ss [cité: Zufferey, *Marchés "in-house" et "quasi in-house"*]; Martin Ludin, *Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatssphäre, Eine Rechtsvergleichung von In-house-, Quasi-in-house- und In-state-Geschäften in der EU und der Schweiz*, 2019, n. 197). Deux conditions cumulatives doivent être réunies pour que l'on se trouve en présence d'un marché "quasi in house" (Poltier, *op. cit.*, n. 200 ss; Galli/Moser/Lang/Steiner, *op. cit.*, n. 253). D'une part, le pouvoir adjudicateur doit exercer sur l'adjudicataire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, que ce soit au travers de l'actionnariat, de sa représentation au sein des organes, de clauses contractuelles ou d'instructions administratives (Zufferey, *Marchés "in-house" et "quasi in-house"*, *op. cit.*, p. 29 s.). Cette condition est remplie lorsque le contrôle est exercé conjointement – mais entièrement, à l'exclusion de tout acteur privé – par plusieurs collectivités publiques. D'autre part, il faut que l'adjudicataire exerce l'essentiel de son activité au profit de l'adjudicateur, la part destinée à des clients tiers, indépendants de l'adjudicateur, ne pouvant être que très marginale (Poltier, *op. cit.*, n. 201; Galli/Moser/Lang/Steiner, *loc. cit.*).

E. 5

a) En l'occurrence, s'agissant d'abord des valeurs-seuils, les offres des soumissionnaires sont de l'ordre de 250'000 fr., mais il s'agit d'un montant annuel, alors que le contrat doit être conclu pour 10 ans. On peut dès lors admettre que la valeur du marché litigieux dépasse la limite de 350'000 fr. valant pour les marchés internationaux de fournitures (cf. ATF 141 II 113 consid. 1.3 p. 118 dans le cas d'un marché de fournitures de sacs-poubelles, où le Tribunal fédéral a considéré que la valeur du marché pouvait être estimée à au moins cinq fois – correspondant à la durée quinquennale du contrat – le montant d'adjudication du marché établi sur la base des quantités nécessaires afin de couvrir le besoin annuel), ce qui n'est du reste pas contesté. b) S'agissant du champ d'application personnel du droit des marchés publics, sous l'angle de l'accord bilatéral, B. _____ exerce une activité relevant du secteur de l'énergie, puisqu'elle exploite un réseau de chauffage à distance. En outre, elle est contrôlée par E. _____ (qui possède 60% de son capital-actions), laquelle est elle-même une entreprise publique, puisque les communes citées plus haut (let. A) détiennent la majorité du capital de cette dernière. B. _____ constitue par conséquent une entreprise publique dans l'acception indiquée ci-dessus (consid. 2b). Il s'agit dès lors d'une entité exerçant ses activités dans le domaine de l'énergie (autre que l'électricité), au sens de l'art. 3 par. 2 let. e (i) de l'accord bilatéral. En présence d'une entreprise des secteurs, l'exclusion prévue par l'annexe VIII pour les marchés passés notamment pour la fourniture de combustibles destinés à la production d'énergie s'applique. Il s'ensuit que le marché litigieux n'est pas soumis à l'accord bilatéral. Sous l'angle de l'AMP, B. _____ ne fait pas partie des entités des secteurs, telles qu'elles sont énumérées à l'annexe 3 à l'AMP, puisqu'il est question ici seulement de l'énergie électrique. Par conséquent, si l'on suit l'opinion

convaincante de Beyeler (consid. 2a ci-dessus), B. _____ ne peut pas invoquer la note 5 relative à l'annexe 3, qui exclut du champ d'application de l'accord notamment les marchés passés pour la fourniture de combustibles destinés à la production d'énergie. Dans ses déterminations finales (p. 4), l'autorité intimée soutient que l'exclusion en vertu de l'accord bilatéral doit conduire à la même solution sous l'angle de l'AMP, car "ce n'est qu'à raison des engagements pris par la Suisse dans l'Accord bilatéral que les organismes de rang communal sont assujettis à l'AMP". Selon elle, il "serait absurde que les engagements que la Suisse a ciselés en négociant les annexes à l'Accord bilatéral soient étendus par une interprétation de l'AMP qui ne tienne pas compte du contexte et de la finalité des exceptions propres au régime des 'secteurs'". Toutefois, s'agissant des relations avec les accords OMC, l'art. 15 de l'accord bilatéral dispose que le "présent Accord n'affecte pas les droits et les obligations découlant pour les parties des accords qu'ils ont conclus dans le cadre de l'OMC". Au vu de cette disposition, le fait que l'accord bilatéral n'est pas applicable n'implique pas que l'AMP ne le soit pas non plus (Beyeler, op. cit., n. 527). Si le marché litigieux n'est pas exclu du champ d'application *ratione materiae* de l'AMP, il faut examiner si B. _____ entre dans son champ d'application personnel. Tel est le cas si B. _____ constitue un organisme public du niveau des communes, au sens du ch. 3 de l'annexe 2 AMP, soit un organisme de droit public au sens de l'art. 8 al. 1 let. a AIMP, notion explicitée dans l'ATF 145 II 49 (cf. consid. 3b ci-dessus). c) aa) B. _____ remplit la condition de l'indépendance juridique. S'agissant de la condition de la dépendance à l'égard des pouvoirs publics, les statuts de B. _____ prévoient que son conseil d'administration est composé de cinq membres au moins, dont trois sont désignés par E. _____ et deux par la commune de D. _____ (art. 23). Le transfert des actions est subordonné à l'approbation du conseil d'administration (art. 8 al. 2 et 3). Pour déterminer si la condition de la dépendance à l'égard des pouvoirs publics est réalisée, il convient d'examiner la nature de E. _____. bb) E. _____ remplit la condition de l'indépendance juridique. Selon les statuts (art. 23), le conseil d'administration de B. _____ est composé de six membres au moins. L'Etat peut désigner un représentant au conseil d'administration conformément à l'art. 15 de la concession d'eau ***** 17 du 9 juillet 1993. Les communes de *****, *****, D. _____, *****, ***** et ***** sont de plein droit représentées au sein du conseil d'administration chacune par un membre. Le transfert des actions est subordonné à l'approbation du conseil d'administration (art. 8 al. 2 et 3). La condition de la dépendance à l'égard des pouvoirs publics est donc réalisée. L'activité originelle et le "cœur d'activités" de E. _____ est la production et la distribution d'énergie électrique en exploitant un réseau correspondant. Cette société est au bénéfice d'une concession cantonale pour produire de l'électricité à partir d'un barrage sur la _____. En 2019, le canton lui a octroyé une concession de distribution au sens de l'art. 7 de la loi vaudoise sur le secteur électrique du 19 mai 2009 (LSecEI; BLV 730.11), qui l'autorise à distribuer l'électricité dans les communes concernées, où elle bénéficie d'un monopole. E. _____ exerce donc une activité relevant des secteurs (au sens de l'AMP) dans une situation de monopole, où elle n'est partant pas soumise à la concurrence. La plupart des activités relevant des secteurs supposent la mise en place de réseaux (gaz, chaleur et électricité; eau; services de transports); la création de tels réseaux implique des investissements considérables et, pour des raisons techniques, empêche le jeu usuel de la concurrence, ce qui explique que les acteurs opérant dans ces secteurs aient été soumis au droit des marchés publics en vertu de règles spéciales (Etienne Poltier, Les pouvoirs adjudicateurs, Champ d'application personnel du droit des marchés publics, PJA 2008 p. 1107 ss, 1112). Tel est le cas de

E._____. On admettra ainsi que E._____ exerce – au moins en partie – une activité d'intérêt général n'ayant pas un caractère industriel ou commercial et qu'elle présente toutes les (trois) caractéristiques d'un organisme de droit public. cc) B._____ est donc détenue à concurrence de 60% par un organisme de droit public (E._____) lui-même contrôlé par le canton et les communes précitées. Dans cette mesure, la situation de B._____ est analogue à celle de Tridel SA (cf. à cet égard ATF 141 II 113 consid. 3.2.4 p. 128 s.). Le solde de son capital appartient à la commune de D._____ qui nomme deux des cinq (au minimum) membres du conseil d'administration. La condition de la dépendance à l'égard des pouvoirs publics est donc réalisée. Quant à l'activité de B._____, elle est indiscutablement d'intérêt général, au sens indiqué plus haut – consid. 3b – (cf. arrêt 1C_441/2011 du 9 mars 2012, où le TF a considéré qu'il y avait un intérêt public à privilégier le recours à une énergie indigène, renouvelable, compatible avec les impératifs de la protection de l'environnement et inexploitée à l'heure actuelle [consid. 6.2], voire [consid. 7.2] que la création d'un secteur de chauffage à distance relevait de l'exécution d'une tâche publique au sens de l'art. 3 al. 1 let. b de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [LCart; RS 251]). L'instruction a en outre permis d'établir que, là où B._____ a été autorisée (en particulier par la commune de D._____) à utiliser le domaine public pour installer un réseau de chauffage à distance, elle n'est pas en concurrence avec l'exploitant d'un autre réseau du même genre. Dès lors, B._____ ne se trouve pas en situation de concurrence, même si, dans la fixation des prix, elle doit tenir compte du coût des autres modes de chauffage et ressent dans cette mesure une "pression économique" (compte-rendu d'audience, p. 2). En outre, l'activité de B._____ a été jusqu'à présent apparemment déficitaire (perte reportée au 1^{er} juillet 2018 de 1'069'972 fr. selon le rapport de l'organe de révision, PJ no 8 à la réponse). Le fait que les actionnaires d'une société anonyme ne sont pas tenus d'effectuer des versements supplémentaires (art. 680 al. 1 CO) n'exclut pas que les collectivités publiques concernées participent à son assainissement avec des fonds publics, si la marche des affaires l'exige (cf. ATF 145 II 49 consid. 4.5.5.2 p. 68). En l'occurrence, le capital social de B._____, qui se montait à 1,5 millions lors de sa constitution le 28 décembre 2006, a été porté à 2,5 millions par augmentation du 16 décembre 2008. En outre, il est constant que la commune de D._____ a accordé un cautionnement à concurrence de 2,6 millions. Même s'il s'agit là vraisemblablement plutôt d'investissements que de compensations de pertes, cela indique que le risque économique est supporté essentiellement par E._____ et la commune de D._____. Dans un arrêt du 10 avril 2008, la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé que la société Fernwärme Wien GmbH, qui assure, sur le territoire de la ville de Vienne, le chauffage urbain d'habitations, d'organismes publics, de bureaux et d'entreprises en utilisant l'énergie issue de l'évacuation des détritiques, constituait un organisme de droit public. Elle a notamment considéré que, dans le secteur de la fourniture de chauffage urbain par l'utilisation de l'énergie issue de la combustion des déchets, Fernwärme Wien jouissait d'une situation de quasi-monopole de fait, dans la mesure où les deux autres sociétés qui y exerçaient leurs activités étaient de taille négligeable et ne pouvaient dès lors constituer de véritables concurrents (affaire C-396/06 ch. 34 ss, 44). Dans ses déterminations finales, l'autorité intimée fait valoir que sa situation n'est en rien comparable à celle de Fernwärme Wien GmbH en raison notamment de leur différence de taille. Toutefois, l'argument – tendant à démontrer l'absence de "concurrence" par les autres modes de chauffage –, selon lequel un système de chauffage à distance peut difficilement être remplacé par d'autres énergies, car cela exigerait d'importants travaux de transformation (arrêt précité, ch. 44),

vaut indépendamment de la taille du réseau, même s'il s'applique davantage à un réseau déjà en place (avec des clients "captifs") plutôt qu'à un réseau en développement comme celui de B._____.

Dans son arrêt précité du 24 octobre 2013, le Tribunal cantonal fribourgeois n'a quant à lui pas examiné si l'adjudicateur à l'origine d'un projet de chauffage à distance (Z._____ SA) tombait sous le coup de l'art. 8 al. 1 let. a AIMP, parce qu'il a considéré – à tort – qu'en tant que "société anonyme de droit civil", il n'était pas une "collectivité de droit public cantonal ou communal" (consid. 4 de l'arrêt en question), notion qui correspond à celle d'organisme de droit public (cf. consid. 3b ci-dessus), laquelle comprend des personnes morales de droit privé. Au vu de ce qui précède, force est d'admettre que B._____ constitue un organisme de droit public au sens de l'art. 8 al. 1 let. a AIMP et est ainsi assujettie au droit des marchés publics. Du reste, B._____ a admis qu'elle avait jusqu'à présent adjugé les marchés "en grande partie" dans le cadre de procédures de marchés publics (compte-rendu d'audience, p. 3).

d) aa) Le tiers intéressé fait valoir que B._____ exerçant, par le biais de la commune de D._____, un contrôle (minoritaire) sur lui, on serait en présence d'un marché "quasi in house", de sorte que le marché litigieux serait exclu du champ d'application (objectif) du droit des marchés publics. Dans ses déterminations finales, il fait valoir qu'il ne réalise que 19% de son chiffre d'affaires avec des propriétaires privés, "le reste provenant soit directement de collectivités publiques, soit de chauffages détenus par des collectivités publiques". Il relève que cette proportion est inférieure à la limite de 20% retenue par la législation européenne ainsi que par le nouveau droit suisse des marchés publics.

bb) Quoi qu'il en soit de la limite de 20%, la notion de marché "quasi in house" n'est pas réglementée dans la législation applicable en l'espèce. Or, cette notion a été développée à partir de l'analogie avec celle de marché "in house", ce qui commande une certaine prudence dans sa définition (Poltier, op. cit., n. 200; cf. aussi Zufferey, Marchés "in-house" et "quasi in-house", op. cit., p. 29, selon lequel la question de savoir si l'on a à faire à un marché "quasi in house" est beaucoup plus difficile que celles liées aux marchés "in house"). En outre, à supposer que le caractère "quasi in house" du marché soit établi, cela dispensait B._____ de lancer un appel d'offres et lui permettait de directement conclure le contrat de fourniture avec C._____. B._____ n'a pas procédé de la sorte, puisqu'elle a au contraire fait publier un appel d'offres et adjugé le marché. Au stade de la procédure de recours, elle aurait peut-être (encore) pu interrompre la procédure en révoquant la décision d'adjudication (cf. arrêt du Tribunal cantonal valaisan VS A1 09 163 du 3 décembre 2009 dans un cas où une commune avait interrompu la procédure d'adjudication de travaux de réfection d'une route, dans l'idée de faire exécuter ces travaux par un groupement forestier contrôlé par elle et d'autres communes; voir aussi arrêt MPU.2011.0020 précité, où les Etablissements Hospitaliers du Nord Vaudois n'avaient pas donné suite à l'injonction de la CDAP de lancer une nouvelle procédure d'appel d'offres, au motif que les analyses faisant l'objet du marché seraient internalisées et traitées désormais par leur personnel), étant toutefois relevé qu'un tel procédé peut être contraire à la bonne foi et engager la responsabilité de l'adjudicateur (culpa in contrahendo; cf. Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 247 s'agissant de marchés "in house"). B._____ n'a toutefois pas prononcé l'interruption (en révoquant la décision d'adjudication); elle préfère apparemment que ce soit la Cour de céans qui "sanctionne" le caractère "quasi in house" du marché, en déclinant sa compétence. Comme cela a été dit, la notion de marché "quasi in house" n'est pas définie dans la législation applicable en l'espèce. Dans la jurisprudence européenne dont elle est tirée, elle a parfois des contours mal définis. En outre, même si ce n'est pas B._____ qui invoque cette notion, mais l'adjudicataire, il est contradictoire de

se prévaloir de cette configuration afin de démontrer que le marché litigieux sort du champ d'application (objectif) du droit des marchés publics, après avoir lancé un appel d'offres. Compte tenu de ce qui précède, il ne se justifie pas d'admettre l'existence d'un marché "quasi in house". Il convient plutôt de retenir que le marché litigieux est soumis au droit des marchés publics. Partant, la Cour de céans est compétente (cf. consid. 1a ci-dessus) et il y a lieu d'examiner le recours sur le fond.

E. 6

Dans son mémoire de recours, la recourante s'est plainte du défaut de motivation de la décision entreprise, défaut qui porterait également atteinte aux principes de transparence et d'égalité. a) Aux termes de l'art. 42 al. 2 du règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; BLV 726.01.1), les décisions de l'adjudicateur sont sommairement motivées et indiquent la voie de droit. Sur demande d'un soumissionnaire non retenu pour l'adjudication, l'adjudicateur indique les motifs essentiels pour lesquels son offre n'a pas été retenue, ainsi que les caractéristiques et avantages de l'offre retenue (art. 42 al. 3 RLMP-VD). L'ensemble de ces explications de l'autorité, fournies cas échéant en deux étapes, doit être pris en considération pour s'assurer qu'elles sont conformes aux exigences découlant du droit d'être entendu. De surcroît, la pratique admet assez généreusement la réparation d'une motivation insuffisante dans la procédure de recours subséquente (Poltier, op. cit., n. 392). b) En l'espèce, la décision attaquée en tant que telle ne contenait aucune motivation, si ce n'est l'indication que l'offre de l'adjudicataire remplissait "pleinement les conditions qui permettent d'être adjudicataire selon les critères énoncés dans l'appel d'offres". Il était également mentionné que, pour tout complément d'information, A. _____ pouvait prendre contact avec G. _____. Le tableau de comparaison des offres était en outre joint. Au vu de ce tableau, la recourante pouvait ainsi savoir sur la base de quels critères le marché avait été adjugé à l'adjudicataire. Si elle souhaitait plus d'informations, elle pouvait prendre contact avec le mandataire prénommé (cf. art. 42 al. 3 RLMP-VD). Les exigences posées par l'art. 42 al. 2 et 3 RLMP-VD ont dès lors été respectées. D'ailleurs, à supposer que la décision attaquée ait été insuffisamment motivée, le vice aurait été de toute manière réparé dans la présente procédure. Le grief tiré du défaut de motivation doit ainsi être rejeté, de même que ceux de violation des principes de transparence et d'égalité, qui en l'occurrence se confondent avec le premier cité.

E. 7

S'agissant de la notation, le seul critère litigieux est celui de la qualité technique, pondéré à hauteur de 40%. Ce critère comportait les sous-critères suivants: référence (moins de 10 ans), provenance de la matière première et modes de production et de transport. Au critère de la qualité technique, la recourante a obtenu la note 4.5, alors que le tiers intéressé a reçu la note 5. a) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du tribunal dépend de la nature des griefs invoqués. Le tribunal contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêt MPU.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 3b et réf.). En revanche, lorsque le droit matériel laisse une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, ce qui est en particulier le cas dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres (cf. ATF 141 II 353 consid. 3 p. 362), le juge doit veiller à ne pas s'immiscer de façon indue dans la liberté de décision de l'autorité chargée de l'adjudication. Il ne lui appartient donc pas de substituer sa propre appréciation à celle de l'adjudicateur dans l'attribution d'un marché public (cf. ATF 143 II 120 consid. 7.2 p. 134 et les arrêts cités; v. ég. TF 2D_35/2017 du 5 avril 2018

consid. 5.1), à défaut de quoi l'autorité judiciaire juge en opportunité, ce qui est prohibé, tant par l'art. 16 al. 2 AIMP que par l'art. 98 LPA-VD (cf. ATF 141 II 14 consid. 2.3 in fine; 140 I 285 consid. 4.1). L'autorité judiciaire ne peut ainsi intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur, ce qui en pratique peut s'assimiler à un contrôle restreint à l'arbitraire (ATF 141 II 353 consid. 3 p. 363 et les références citées). La notation est arbitraire lorsqu'elle repose sur des considérations dénuées de toute pertinence ou d'une autre manière manifestement insoutenables (ATF 141 III 564 consid. 4.1 p. 566; 125 II 86 consid. 6 p. 98s. avec renvoi à ATF 121 I 225 consid. 4b p. 230). b) Les conditions de l'appel d'offre doivent être interprétées selon les règles de la bonne foi. S'agissant de notions techniques, il convient de prendre en considération le sens qui leur est donné par les spécialistes ou celui que les intéressés leur ont donné en relation avec le projet litigieux (ATF 141 II 14 consid. 7.1 p. 36). La façon dont les parties se sont comportées joue également un rôle dans l'interprétation (ATF 141 II 14 consid. 7.4 p. 37). c) aa) La jurisprudence et la doctrine récente tendent à admettre les critères d'adjudication de nature environnementale – comme aussi ceux de nature sociale – qui ne présentent pas de rapport direct avec l'objet du marché, mais à certaines conditions, parmi lesquelles figure en tous cas l'exigence d'une base légale (ATF 140 I 285 consid. 7.1 p. 301 et les réf.). Les critères environnementaux sont en principe étrangers au marché (arrêt MPU.2014.0008 du 21 juillet 2014 consid. 4d). On peut aussi considérer qu'ils poursuivent des "objectifs secondaires", distincts des buts usuels du droit des marchés publics (dans ce sens Poltier, op. cit., n. 331). La jurisprudence a notamment examiné l'admissibilité du critère des distances de transport à effectuer en relation avec d'autres prestations (que celles de transport). Elle a admis le critère en question de manière restrictive, du moment que celui-ci peut être dévoyé à des fins protectionnistes. En substance, ce critère ne peut être retenu que dans la mesure où il correspond à un avantage écologique significatif pour l'entité adjudicatrice, soit en présence de prestations de transport nombreuses, accompagnées de nuisances potentiellement importantes (Poltier, loc. cit., avec renvoi à Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., p. 424 ss; voir aussi Isabelle Guisan/Robert Zimmermann, Le juge saisi par les marchés publics, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [édit.], Marchés publics 2018, p. 401 ss, 409). bb) En droit vaudois, le respect des "principes du développement durable" figure parmi les principes qui doivent être observés lors de la passation de marchés (art. 6 let. fbis LMP-VD). En outre, les "caractéristiques environnementales" sont au nombre des critères d'adjudication pouvant être pris en considération (art. 37 al. 1 RLMP-VD). cc) En l'occurrence, le sous-critère de la provenance de la matière première est lié aux distances de transport. Ce sont les distances entre, d'une part, la forêt de provenance du bois et le lieu de stockage intermédiaire et, d'autre part, ledit lieu de stockage intermédiaire et les chaufferies à bois de B._____, qui ont été prises en considération. La localisation du siège ou des locaux de l'entreprise soumissionnaire ne joue donc pas de rôle, de sorte que les offreurs locaux ne sont pas particulièrement avantagés par rapport aux offreurs externes. En outre, la recourante n'a pas contesté le critère de la provenance de la matière première en recourant contre l'appel d'offres. En cela, la présente cause est comparable à l'affaire MPU.2014.0008 précitée, où la Cour de céans n'a pas contesté la pertinence du critère des distances de transport. Dans ce précédent, les transports devaient s'étaler sur une période d'un an et demi (consid. 4d), alors que, dans le cas particulier, le contrat doit être conclu pour une période de dix ans. La période durant laquelle les nuisances sont susceptibles de se produire étant nettement plus longue, il se justifie d'autant moins en l'espèce de remettre en cause la pertinence du critère en question. d) aa) L'adjudicataire a rempli le DAO en indiquant sous les rubriques

"territoire de la commune" et "distance moyenne forêt déchetage / stock intermédiaire":
 "D. _____ 3 km ***** 3 km ***** 6 km
 ***** 2.5 km Liste complète et détaillée en annexe" Comme "distance entre le lieu de stockage intermédiaire et les chaufferies à bois B. _____ ", elle a mentionné 4.3 km. S'agissant du volume de transport des camions de livraison, elle a indiqué "30 et 40 m3". Dans un document annexé intitulé "Dossier de soumission", l'adjudicataire a indiqué sous la rubrique "Hangars de stockage intermédiaires", qu'elle disposait de 3 hangars sur le territoire de la commune de D. _____, au lieu-dit *****, d'une capacité de 5'500 m3 de copeaux, à 4.1 km des chaufferies de B. _____, locaux qu'elle louait à la commune de *****. Ces hangars étaient ceux qu'elle utiliserait prioritairement pour la production à l'usage de B. _____. Elle disposait en outre de deux hangars secondaires, servant de stock intermédiaire de secours: l'un sur le territoire de la commune de *****, à qui elle le louait, de 600 m3, situé à 9.2 km des chaufferies de B. _____; l'autre sur le territoire de la commune de *****, à qui elle le louait, de 600 m3 également, situé à 6.6 km des chaufferies de B. _____. bb) Pour sa part, la recourante a indiqué sous les rubriques "territoire de la commune" et "distance moyenne forêt déchetage / stock intermédiaire": "D. _____ en priorité 8 à 10 km 14 ème arrondissement 10 à 15 km

E. 12

ème arrondissement 15 km

E. 15

ème arrondissement 20 km" Comme "distance entre le lieu de stockage intermédiaire et les chaufferies à bois B. _____ ", elle a mentionné 5 km. S'agissant du volume de transport des camions de livraison, elle a indiqué "35, 50 ou 80 m3. Selon accès en forêt". Il ressort d'un document annexé intitulé "Votre producteur de plaquettes forestières" que la recourante assure la gestion de plusieurs hangars de stockage de plaquettes sèches, situés respectivement à ***** (5'000 m3), ***** (4'000 m3), ***** (300 m3) et ***** (3'000 m3). e) L'autorité intimée justifie la différence dans la notation comme suit (écriture du 6 janvier 2020, p. 11 s.): "[...] pour le sous-critère « provenance de la matière première », ces derniers [les soumissionnaires] devaient indiquer la provenance des plaquettes, calculée en fonction de la distance moyenne entre le lieu de production et le stock intermédiaire, respectivement entre ce stock et la centrale de chauffage. Il était dès lors évident qu'une distance réduite serait mieux notée qu'une distance lointaine eu égard notamment aux émissions de CO2. La pertinence de ce critère d'adjudication était au demeurant totalement en lien avec l'objet même du marché : si B. _____ exploite un mode de chauffage utilisant des ressources renouvelables et climatiquement neutres en soi, il est logique que le procédé de transport dudit combustible soit pris en considération, sous l'angle de la minimisation des émissions de CO2. Partant, l'attribution par B. _____ d'une meilleure note à C. _____ pour lequel la distance à parcourir entre les forêts qu'il exploite et le stock intermédiaire est sensiblement inférieure (entre 2,5 et 6 km) à celle énoncée par A. _____ (entre 8 et 20 km), est pleinement justifiée. S'agissant du sous-critère « modes de production et de transport », c'est précisément - et contrairement à ce que la recourante soutient - le grand tonnage des camions qu'elle prévoit d'employer qui a défavorisé la recourante. En effet, les camions de grande capacité, et donc de tonnage et de dimensions accrus, manoeuvrent par définition plus difficilement que des camions plus petits. Leur rayon de braquage est plus étendu et ils doivent procéder à des manoeuvres répétées, ce qui sollicite très fortement les ouvrages routiers. Or, le site de livraison pour

B. _____, sur l'esplanade du centre sportif de _____, entourée d'une salle et des terrains de sport (scolaires et associatifs) n'est pas doté d'un revêtement minéral propre à supporter des véhicules de gros tonnages. Les camions prévus par la recourante risquent donc sérieusement de causer des dommages au site de livraison. Faute de pouvoir utiliser des camions de grande capacité pour ces motifs techniques, A. _____ ne pourra donc pas minimiser le nombre de ses trajets pour compenser - autant que cela soit réellement possible - les kilomètres supplémentaires qu'elle devra parcourir, par rapport à C. _____, depuis les forêts de provenance du bois qu'elle livrera. Partant et pour ce sous-critère également, l'attribution par B. _____ d'une meilleure note à C. _____ est pleinement justifiée." f)

S'agissant de la provenance du bois, on peut retenir que la recourante entendait se fournir "en priorité" dans les forêts de D. _____, même si la distance indiquée par elle de 8 à 10 km semble exagérée et même si elle n'avait pas pris contact préalablement avec C. _____ en tant qu'exploitant des forêts en question (le fait de prendre contact avec un soumissionnaire concurrent n'allant, comme la recourante le fait valoir, pas de soi). Si l'on prend en considération les autres aires de provenance du bois indiquées par les soumissionnaires, force est d'admettre que celles mentionnées par l'adjudicataire sont plus précises et plus proches de la commune de D. _____ (à savoir forêts des communes voisines de _____, _____ et _____; voir au surplus le document intitulé "Du bois provenant de nos forêts", joint à l'offre de l'adjudicataire, qui comporte une liste de 15 forêts de provenance, se trouvant à une distance comprise entre 2.5 km [_____] et 12 km [_____] du lieu de stockage intermédiaire) que celles de la recourante (soit 14 e arrondissement [à savoir celui qui comprend la commune de D. _____], 12 e arrondissement [qui flanque à l'ouest le 14 e arrondissement] et 15 e arrondissement [situé à l'est du 14 e arrondissement], sans autres précisions). On peut d'ailleurs se demander si, en indiquant des arrondissements là où il fallait mentionner des communes, la recourante a déposé une offre conforme aux conditions de la mise en soumission. En ce qui concerne le lieu de stockage, force est d'admettre que le DAO – qui doit être interprété selon les règles de la bonne foi (cf. consid. 7b ci-dessus) – était ambigu sur ce point: sous la rubrique "Introduction", il était mentionné que la commune de D. _____ exploite un hangar destiné au stockage des plaquettes de bois, d'un volume de 3'000 m³, situé à 4,3 km de la chaufferie principale; plus loin, sous la rubrique "Provenance du combustible et livraison", il était demandé aux soumissionnaires d'indiquer le lieu de stockage intermédiaire et la distance entre ce dernier et les chaufferies à bois de B. _____ (cf. lettre B ci-dessus), sans que l'on sache si le lieu de stockage en question pouvait être le hangar de la commune de D. _____, comme l'ont admis non seulement l'adjudicataire – qui a conclu avec la commune de D. _____ un contrat de bail portant sur le hangar (ou plus exactement les hangars) en question –, mais aussi apparemment la recourante (qui a mentionné 5 km comme distance entre le lieu de stockage intermédiaire et les chaufferies à bois de B. _____). Si l'on suit l'interprétation concordante des deux parties, l'adjudicataire et la recourante peuvent et entendent tous deux utiliser les hangars de la commune de D. _____ sis au lieu-dit _____ et se trouvent donc à égalité à cet égard. En revanche, pour ce qui est des lieux de stockage secondaires, l'adjudicataire dispose de hangars (_____, _____) plus proches que ceux de la recourante (_____, _____, _____, _____). En ce qui concerne le mode de transport, il est à tout le moins soutenable de considérer, avec l'autorité intimée, que le recours à des camions de grande capacité (80 m³) peut poser problème lorsqu'il s'agit d'effectuer des livraisons à l'intérieur d'une localité telle que D. _____, de sorte que cela ne représente pas un avantage par

rapport à un soumissionnaire disposant de véhicules de moindres capacités (30 et 40 m³). La Cour de céans se doit d'ailleurs de faire preuve d'une certaine retenue à cet égard, du moment que l'appréciation dépend de circonstances locales, que l'autorité intimée est mieux à même de connaître. Point n'est besoin au demeurant d'ordonner la production de la carte grise du camion de l'adjudicataire, comme le voudrait la recourante. S'agissant du sous-critère des références, l'autorité intimée n'a pas relevé d'avantage d'un soumissionnaire par rapport à l'autre. On admettra donc qu'à cet égard les deux offres se valent. Compte tenu des avantages de l'offre de l'adjudicataire au regard du sous-critère de la provenance de la matière première, le fait que l'offre de l'adjudicataire a reçu une note d'un demi-point supérieure à celle de la recourante n'est pas manifestement insoutenable ni, partant, arbitraire. g) Au surplus, si l'on interprète les documents d'appel d'offres en ce sens que les soumissionnaires peuvent se fournir en bois dans les forêts de D._____ exploitées par C._____ et utiliser les hangars de stockage intermédiaire que ce dernier loue à la commune de D._____, on ne saurait dire que le marché litigieux a été taillé sur mesure pour l'adjudicataire, comme le fait valoir la recourante. Du reste, l'argument selon lequel le marché a été "taillé sur mesure" pour un soumissionnaire renvoie à l'interdiction des spécifications techniques discriminatoires (cf. à ce sujet art. 13 let. b AIMP, art. 8 al. 2 let. b LMP-VD, art. 16 RLMP-VD) et plus généralement au principe selon lequel un marché ne doit pas être configuré de manière discriminatoire. Or, le grief de violation de ce principe doit en principe être soulevé en recourant contre l'appel d'offres (cf. arrêt MPU.2010.0008 du 6 décembre 2010, où le recours était dirigé contre l'appel d'offres), ce que la recourante n'a pas fait en l'occurrence. 8. Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté et la décision attaquée, confirmée. La recourante qui succombe supporte les frais de justice (cf. art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). Des dépens seront alloués à l'autorité intimée et à l'adjudicataire, qui obtiennent gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel (cf. art. 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). Les dépens seront arrêtés conformément aux articles 10 et 11 du tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative, du 28 avril 2015 (TFJDA; BLV 173.36.5.1).

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