



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 630, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

602 2021 46
602 2021 48

Arrêt du 29 avril 2021

II^e Cour administrative

Composition

Président : Christian Pfammatter
Juges : Johannes Frölicher, Yann Hofmann
Greffière-rapporteure : Vanessa Thalmann

Parties

A._____ **SA, recourante**, représentée par Me Joachim Lurf,
avocat

contre

PRÉFECTURE DU DISTRICT DE LA BROYE, autorité intimée,

B._____ **SA, intimée**, représentée par Me Thierry Gachet,
avocat

Objet

Recours sur mesures provisionnelles

Recours du 25 mars 2021 contre la décision du 17 mars 2021

attendu

que, suite à une procédure d'adjudication de marchés publics, A._____ SA (ci-après: recourante) s'est vu attribuer au mois de novembre 2013 le marché de la collecte des ordures ménagères des Communes de C._____, D._____, E._____, F._____ et G._____, pour une durée de cinq ans, soit jusqu'au 31 décembre 2018;

que, par courrier du 3 août 2017, la Commune de C._____ a prolongé de deux ans le contrat qui la liait à la recourante, soit jusqu'au 31 décembre 2020, aux mêmes conditions;

que, le 4 octobre 2017, la Commune de C._____ a conclu une convention relative à la gestion des déchets avec B._____ SA, pour une durée de cinq ans dès le 1^{er} janvier 2018;

que, par lettre du 25 juin 2020, la commune a annoncé à la recourante qu'elle dénonçait le contrat pour le 31 décembre 2020, que la collecte des déchets sera remise en soumission pour une nouvelle période de prestation qui débutera le 1^{er} janvier 2021 et que la recourante aura alors la possibilité de lui faire parvenir son offre lorsque l'appel d'offre sera lancé;

que, le 10 décembre 2020, la commune a demandé à la recourante si elle pouvait encore assurer le service de la collecte des déchets jusqu'à la fin du mois de mars 2021 afin de lui permettre de terminer les analyses concernant l'attribution d'un mandat de collecte;

que, suite à une lettre de la recourante informant la commune qu'elle était d'accord avec une prolongation allant au moins jusqu'à fin juin 2021, celle-ci a répondu, le 25 janvier 2021, qu'elle confirmait que leur collaboration prendra fin le 31 mars 2021 et que, compte tenu de la convention passée avec B._____ SA le 4 octobre 2017, la collecte des ordures avait déjà été attribuée de sorte qu'elle n'avait pas besoin de mettre en soumission ce marché;

que, le 5 février 2021, la recourante a saisi la Préfecture du district de la Broye d'un recours contre la décision d'adjudication du marché à B._____ SA en sollicitant la restitution de l'effet suspensif à son recours ainsi qu'une mesure superprovisionnelle visant à pouvoir continuer la collecte des déchets pendant la durée de la procédure de recours;

que, par décision sur mesure provisionnelle du 17 mars 2021, le Lieutenant de préfet de la Broye a refusé d'accorder l'effet suspensif au recours;

qu'en substance, l'autorité a retenu qu'une convention avait été signée avec B._____ SA en octobre 2017 et qu'elle produisait, depuis sa conclusion, des effets. Elle a estimé que la recourante savait que son contrat venait à échéance et aurait dû savoir que la convention précitée avait été signée. Elle a relevé que, dans la mesure où la collecte des déchets était, au moins en partie, déjà assurée par la société susmentionnée depuis 2017 (ce qui avait été rendu public à l'époque), il se justifiait d'assurer ce service crucial pour la commune pendant la durée de la procédure. Elle a ainsi considéré qu'un intérêt public éminent justifiait de refuser l'effet suspensif au recours;

qu'agissant le 25 mars 2021, la recourante a contesté devant le Tribunal cantonal la décision incidente du 17 mars 2021 (602 2021 46). Elle conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision attaquée et, principalement, à l'octroi de l'effet suspensif au recours déposé devant la préfecture et à ce qu'interdiction soit faite à la commune d'ordonner toute mesure d'exécution de la décision et d'attribuer la collecte des ordures ménagères à partir du 1^{er} avril 2021 à B._____ SA ou à toute autre société jusqu'à droit connu sur le fond et qu'ordre soit donné à la commune de continuer, jusqu'à droit connu sur le fond dans le cadre de la procédure devant la préfecture, à

faire exécuter la collecte des ordures ménagères par elle-même; subsidiairement, elle conclut au renvoi de la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision au sens des considérants. De plus, elle demande, à titre de mesure provisionnelle urgente, à pouvoir continuer la collecte des déchets jusqu'à droit connu sur la question de l'effet suspensif (602 2021 47) et requiert l'octroi de l'effet suspensif à son recours (602 2021 48);

qu'à l'appui de ses conclusions, la recourante invoque une violation de son droit d'être entendue en raison de l'absence de motivation de la décision attaquée. Elle soutient également que l'issue de la procédure préfectorale semble être claire, étant donné qu'un marché communal d'élimination des déchets dépassant – comme en l'espèce – le montant de CHF 350'000.- peut uniquement être attribué par une procédure d'adjudication de marchés publics, ouverte ou sélective. Elle reproche de plus à la commune d'avoir violé le principe de la bonne foi et à l'autorité intimée d'avoir procédé à une pesée des intérêts manifestement inexacte;

qu'elle fait valoir que l'octroi du marché d'élimination des déchets doit passer par une procédure de marché public qui n'a pas été menée en l'espèce. Or, elle estime que la convention du 4 octobre 2017 – dont elle n'a appris l'existence qu'en début d'année – a été conclue en violation manifeste des dispositions applicables en matière de marchés publics. Elle indique qu'elle ignorait qu'une autre entreprise avait été mandatée depuis 2017 pour effectuer la collecte des déchets alors que c'était elle-même qui s'en chargeait. Elle relève qu'en réalité, il semble plutôt que les prestations qu'elle effectuait étaient refacturées à cette société tierce depuis plusieurs années dès lors que celle-ci encaissait directement la taxe d'élimination des ordures ménagères de la population depuis le 1^{er} janvier 2018. Elle soutient que l'élimination des déchets de C._____ n'a cependant encore jamais été exécutée par cette société tierce. De l'avis de la recourante, ce cas doit être assimilé à une situation dans laquelle aucun contrat n'a été conclu pour les travaux qui auraient dû être mis en soumission puisqu'aucune des parties n'a sollicité l'application de la convention précitée signée en 2017 déjà. Elle souligne en outre qu'en vertu de la demande de prolongation de contrat par la commune le 10 décembre 2020, elle a été engagée pour la fourniture de ces services jusqu'à la fin de l'année 2021, puisque son contrat n'est renouvelable que d'année en année;

que, le 26 mars 2021, B._____ SA a déposé un mémoire préventif dans lequel elle conteste en bloc tous les arguments de la recourante. Elle souligne notamment qu'il n'y a pas lieu d'attribuer la gestion de la collecte des déchets à cette dernière dès lors que son contrat est échu. Elle relève que la recourante se plaint d'une absence d'un marché public, mais n'a aucune prétention à continuer son activité; elle ajoute que, dans son recours devant le préfet, celle-ci ne conclut pas à l'attribution du marché, mais uniquement à la tenue d'une procédure de marché public, de sorte que son recours serait irrecevable. L'intimée semble par ailleurs contester la nécessité d'un marché public en arguant qu'il s'agit d'un "contrat de délégation de service public avec une clause accessoire de collecte de déchets ménagers". Elle relève que la recourante avait connaissance de l'existence du contrat de 2017, dès lors qu'il est cité dans le règlement communal relatif à la gestion des déchets de 2019;

que, par mesure provisionnelle urgente du 26 mars 2021, le Juge délégué a décidé que la recourante restait chargée de la collecte des ordures ménagères dans la même mesure que jusqu'à ce jour et a interdit à la Commune de C._____ d'attribuer la collecte des ordures ménagères à la société B._____ SA, respectivement à toute autre société";

que, le 1^{er} avril 2021, la recourante produit le mémoire de recours complémentaire qu'elle a déposé auprès de la préfecture;

que, le 7 avril 2021, le lieutenant de préfet indique qu'il n'a pas de remarques particulières à formuler;

que, dans ses observations du 13 avril 2021, l'intimée conclut, sous suite de frais et dépens, à la levée des mesures superprovisionnelles ordonnées le 26 mars 2021 et au rejet du recours pour autant qu'il soit recevable. Elle développe pour l'essentiel les arguments déjà soulevés dans son courrier du 26 mars 2021. Elle soutient en bref que tant le présent recours que celui déposé devant le préfet sont irrecevables. Elle relève que la convention du 4 octobre 2017 a pleinement été exécutée – indirectement en ce qui concerne le secteur communal de C. _____ et directement concernant les autres secteurs communaux de la nouvelle commune fusionnée. Elle souligne que la recourante ne s'attaque pas à la décision à la base de la conclusion de la convention du 4 octobre 2017 et que, quoiqu'il en soit, elle serait forclosée pour le faire. Pour le reste, elle considère que cette convention constitue une concession de services publics qui n'est pas assujettie au droit sur les marchés publics, rappelant le caractère indissoluble des prestations de collecte des déchets de celles de l'élimination;

que, dans sa détermination du 14 avril 2021, la commune conclut, sous suite de frais et dépens, à la levée des mesures superprovisionnelles ordonnées le 26 mars 2021 et au rejet du recours. Elle expose ses relations contractuelles avec la recourante et avec l'intimée. Elle estime que le recours au fond est irrecevable. Elle soutient que la convention du 4 octobre 2017 est exécutée depuis son entrée en vigueur et que le contrat qui la liait avec la recourante est échu depuis le 1^{er} avril 2021, de sorte que le seul mandat à ce jour en vigueur et pleinement valable est la convention précitée. Selon elle, la collecte des déchets doit continuer d'être octroyée à l'intimée. Enfin, elle est d'avis que cette convention relève d'une délégation de services publics et non d'une adjudication – la rémunération des prestations étant financée par des taxes payées par les usagers – et que, partant, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles sur les marchés publics, ce qui conduira au rejet du recours devant le préfet;

que les parties ont été invitées à déposer leurs éventuelles remarques ainsi que leurs listes de frais;

que, le 26 avril 2021, la commune indique renoncer à compléter ses écritures, en se ralliant aux observations déposées par l'intimée. Elle produit également sa liste de frais;

que l'intimée et la recourante ont également produit leurs listes de frais le 23 et respectivement le 26 avril 2021;

que la recourante s'est déterminée le 26 avril 2021 sur les observations de la commune et de l'intimée;

considérant

qu'en l'occurrence, la décision contestée est une décision incidente rejetant la requête d'effet suspensif, respectivement de mesures provisionnelles sollicitées par la recourante dans le cadre d'une procédure de recours pendante devant la Préfecture du district de la Broye en lien avec l'adjudication du marché public de collecte des déchets de C. _____ à la société intimée;

que la recourante, à laquelle la collecte des déchets avait été confiée jusqu'au 31 mars 2021, qui est partie dans la procédure devant le préfet et à laquelle la décision incidente a été adressée,

dispose d'un intérêt à contester la décision de mesures provisionnelles prononcée par l'autorité intimée;

qu'elle a en outre agi dans le délai de 10 jours;

que, partant, le Tribunal peut examiner les mérites de son recours;

que, par "mesures provisionnelles", on entend des décisions à caractère temporaire qui règlent une situation juridique dans l'attente d'une réglementation définitive au travers d'une décision principale ultérieure;

qu'à l'évidence, des mesures provisionnelles ne peuvent pas servir à obtenir une chose qu'il n'est pas possible d'obtenir au terme de la procédure sur le fond;

qu'en matière de marchés publics, lorsqu'un contrat d'adjudication a déjà été conclu avec le soumissionnaire choisi, un tribunal ne peut en principe que constater le caractère illicite de la décision attaquée (cf. art. 18 al. 2 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics [AIMP; RS 122.91.2] et art. 58 al. 2 de la loi du 21 juin 2019 sur les marchés publics [LMP; RS 172.056.1]; cf. également arrêt TF 2D_9/2019 du 22 juillet 2019 consid. 1.4 et 1.6 et les références citées);

qu'en outre, même l'absence totale de procédure d'appel d'offres et d'adjudication n'est pas non plus de nature à remettre en cause la validité d'un contrat conclu (arrêt TC AG AGVE 2013 37 du 1^{er} juillet 2013 et les références citées);

qu'une procédure en lien avec l'adjudication d'un marché public ne pourrait cas échéant qu'entraîner une annulation de l'attribution du marché et l'obligation pour l'autorité de résilier le contrat déjà conclu et d'entreprendre les démarches adéquates, par exemple d'introduire une procédure d'appel d'offres (cf. à ce propos: arrêt TC VD GE.2007.0013 du 6 novembre 2009 consid. 5a à 5c et les références citées; arrêt TC AG AGVE 2013 37 du 1^{er} juillet 2013 et les références citées);

qu'il en résulte que le préfet, dans la procédure sur le fond dont il est saisi, ne pourra pas invalider des contrats déjà conclus;

qu'en l'espèce, et quand bien même la commune a prolongé à deux reprises le contrat qui la liait à la recourante, il est constaté qu'elle a résilié celui-ci pour le 31 mars 2021;

qu'un éventuel litige relatif à la validité de la résiliation du contrat liant la commune à la recourante et, partant, les griefs y relatifs soulevés par cette dernière excèdent l'objet de la procédure administrative relative à l'attribution d'un contrat en application de la législation sur les marchés publics; cas échéant, il incombe à la recourante de requérir des mesures provisionnelles auprès de l'autorité civile compétente;

qu'en revanche, une convention a été conclue entre la commune et l'intimée le 4 octobre 2017, laquelle règle la question de l'évacuation des ordures ménagères pour la Commune de C._____ et, partant, pour la Ville de C._____;

que, par conséquent, contrairement à ce que prétend la recourante, on ne se trouve pas en l'occurrence en présence d'une situation où aucun contrat n'a été conclu;

que la question de savoir si le marché faisant l'objet du contrat de 2017 aurait dû être soumis à une procédure de marché public n'a pas à être tranchée par la Cour de céans mais devra être examinée par l'autorité intimée dans le cadre de la procédure sur le fond;

qu'à ce stade et eu égard aux lettres ambiguës de la commune, on peut déjà relever que, de manière générale, le simple fait d'être en présence d'une concession en lien avec un monopole ne suffit pas pour exclure une procédure d'appel d'offres (cf. art. 2 al. 7 LMI; arrêt TF 2C_880/2015 du 6 mars 2017 consid. 6);

que, cela étant, on ne peut que constater que, si le cas d'espèce devait être soumis au droit des marchés publics – ce qu'il appartiendra à l'autorité intimée d'examiner –, la recourante ne pourrait pas, quoi qu'il en soit, se voir attribuer le contrat au terme de la procédure devant le préfet. Cas échéant, conformément à ce qui a été dit ci-dessus, à supposer que le contrat existant ait été conclu en violation des règles, l'autorité ne pourra au mieux que constater l'illégalité et obliger la commune à résilier le contrat de durée en l'invitant à engager une procédure conforme au droit des marchés publics;

que, partant, c'est à juste titre que le lieutenant de préfet a rejeté la requête d'effet suspensif, respectivement qu'il a refusé de prononcer des mesures provisionnelles ordonnant la poursuite de la collecte des déchets de la Ville de C. _____ par la recourante;

qu'enfin, le grief de violation du droit d'être entendu doit également être écarté;

qu'en effet, la décision attaquée expose de manière suffisante les motifs sur lesquels l'autorité s'est fondée et la pondération des intérêts effectuée pour refuser l'effet suspensif, respectivement la prise de mesures provisionnelles;

que le recours déposé par la recourante devant le Tribunal cantonal démontre du reste que celle-ci en a parfaitement saisi les motifs;

qu'au demeurant, le fait que la décision entreprise n'examine pas si les règles des marchés publics ont été respectées n'est pas propre à violer le droit d'être entendu de la recourante, cette question devant faire l'objet de la procédure sur le fond et ne peut – comme on vient de le voir – pas faire l'objet de la présente procédure relative au prononcé de mesures provisionnelles;

qu'il résulte de ce qui précède que, entièrement mal fondé, le recours (602 2021 46) doit être rejeté;

que, partant, la décision rendue le 17 mars 2021 par le Lieutenant de préfet de la Broye est confirmée;

que la requête tendant à l'octroi de l'effet suspensif (602 2021 48) est sans objet;

que vu l'issue du litige, les frais de procédure – fixés selon les art. 1 et 2 du tarif fribourgeois du 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;

qu'obtenant gain de cause et ayant fait appel aux services d'avocats pour défendre leurs intérêts, l'intimée et la commune ont droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA);

que conformément à l'art. 8 al. 1 du tarif, les honoraires alloués pour la représentation ou l'assistance de la partie sont fixés entre CHF 200.- et 10'000.-. Dans les affaires d'une ampleur ou d'une complexité particulière, le maximum s'élève à CHF 40'000.-. La fixation des honoraires dus à titre de dépens a lieu sur la base d'un tarif horaire de CHF 250.-. Quant aux débours nécessaires à la conduite de l'affaire, ils sont remboursés au prix coûtant (art. 9 al. 1 du tarif). Pour les photocopies effectuées par le mandataire, il est calculé 40 centimes par copie isolée (art. 9 al. 2 du tarif);

que la liste de frais produite par le mandataire de l'intimée, d'un montant total de CHF 6'054.75 – non conforme au tarif en ce qui concerne les débours – excède manifestement le temps nécessaire à la défense des intérêts de l'intimée compte tenu de la complexité très relative de la présente procédure. Elle est arrêtée à CHF 2'154.- (honoraires et débours: CHF 2'000.-; TVA 7.7%: CHF 154.-), conformément à l'art. 11 al. 1, dernière phrase, du tarif, et mise à la charge de la recourante;

que la liste de frais produite par le mandataire de la commune, d'un montant total de CHF 4'221.95, – non conforme au tarif s'agissant du tarif horaire et du montant des photocopies – excède également manifestement le temps nécessaire à la défense des intérêts de la commune compte tenu de la complexité très relative de la présente procédure. Elle est arrêtée à CHF 2'154.- (honoraires et débours: CHF 2'000.-; TVA 7.7%: CHF 154.-), conformément à l'art. 11 al. 1, dernière phrase, du tarif, et mise à la charge de la recourante;

la Cour arrête :

- I. Le recours (602 2021 46) est rejeté.
- II. La requête tendant à l'octroi de l'effet suspensif (602 2021 48), devenue sans objet, est rayée du rôle.
- III. Les frais de procédure, fixés à CHF 1'000.-, sont mis à la charge de A. _____ SA.
- IV. Un montant de CHF 2'154.- (dont CHF 154.- au titre de la TVA), à verser à Me Thierry Gachet à titre d'indemnité de partie, est mis à la charge de la recourante.
- V. Un montant de CHF 2'154.- (dont CHF 154.- au titre de la TVA), à verser à Me Stefano Fabbro à titre d'indemnité de partie, est mis à la charge de la recourante.
- VI. Notification.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification.

La fixation du montant des frais de procédure et des indemnités de partie peut, dans le même délai, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, si seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 al. 1 CPJA).

Fribourg, le 29 avril 2021/jfr/vth

Le Président :

La Greffière-rapporteuse :