



Cour II
B-4786/2020

Arrêt du 21 septembre 2021

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Claudia Pasqualetto Péquignot,
Marc Steiner, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

X. _____ SA,
représentée par Me Jacques Haldy, avocat,
recourante,

contre

Y. _____ SA,
représentée par Robert Zimmermann,
Wilhelm Gilliéron Avocats SA,
intimée,

Transports de la région Morges-Bière-Cossonay SA,
représentée par Mes Marc-Etienne Favre et Cléa Bouchat,
LEXIMMO Avocats,
autorité inférieure.

Objet

Concession d'affichage.

Faits :**A.**

La société Transports de la région Morges – Bière – Cossonay SA (ci-après : MBC ou autorité inférieure) est une entreprise de transport public – détenue par la Confédération, le canton de Vaud, la BCV et diverses communes – qui exploite des services de bus, une ligne ferroviaire (Bière-Apples-Morges) ainsi qu'un funiculaire (à Cossonay).

Le 26 août 2019, MBC a invité plusieurs entreprises – dont X. _____ SA qui était jusqu'au 31 décembre 2019 son partenaire contractuel (prolongé par la suite jusqu'au 30 juin 2020) – à participer, en application de l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale sur le marché intérieur, à un appel d'offres en vue de l'octroi d'une « concession d'affichage » sur ses véhicules et installations de transport dans le but d'optimiser la performance de ses actifs publicitaires.

B.

Par acte du 25 juin 2020, MBC a attribué ladite « concession », pour une durée de cinq ans, à compter du 1^{er} juillet 2020, à Y. _____ SA (ci-après : intimée) pour une redevance de (...) francs (acquittée en partie en nature), dès lors qu'il s'agissait de l'offre économiquement la plus avantageuse. Elle a également indiqué que, puisque la présente procédure de mise en concurrence n'était pas soumise à la législation relative aux marchés publics, les délais et voies de recours y afférents n'étaient pas applicables.

C.

Par envoi séparé du 30 juin 2020, MBC a transmis la grille d'évaluation annoncée dans la décision à l'entreprise soumissionnaire X. _____ SA (ci-après : recourante) et fourni une explication sur les trois scénarii à la base de l'évaluation des offres. Elle a également indiqué que « la société mandataire du dossier d'évaluation ne souhaitant pas communiquer des informations confidentielles et commercialement sensibles en vue de futurs appels d'offres de sociétés de transport public, celle-ci souhaite garder l'anonymat, ainsi nous respectons cette confidentialité ».

D.

Par écritures du 3 juillet 2020, la recourante a exercé un recours auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois (ci-après : CDAP) contre dit acte, en concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation. Elle a requis, à titre préalable, l'octroi de l'effet suspensif au recours.

A l'appui, elle fait tout d'abord valoir que l'acte querellé est susceptible de recours en vertu de l'art. 9 de la loi fédérale sur le marché intérieur. Ensuite, elle relève que la procédure d'octroi de la concession n'a pas respecté les principes applicables ressortant de ladite loi, notamment celui de la transparence, ne permettant de ce fait pas non plus de contrôler le respect du principe de non-discrimination. Elle indique ainsi que la grille d'évaluation des offres n'a pas été annexée à la décision, contrairement à ce qui y était indiqué, et que l'envoi ultérieur de celle-là le 30 juin 2020 ne satisfait nullement au principe de la transparence. Il ne permettrait en effet pas de déterminer comment ont été calculés les différents pourcentages ni sur la base de quels critères précis du dossier. En outre, MBC n'a pas voulu révéler le nom de l'expert externe auquel elle a eu recours, ne permettant ainsi pas de vérifier l'absence de conflits d'intérêts.

E.

Par écritures respectives du 19 août 2020, MBC et l'intimée se sont déterminées sur le recours et ont requis le retrait de l'effet suspensif à celui-ci.

F.

La recourante a répliqué par mémoire du 8 septembre 2020.

G.

Par arrêt du 11 novembre 2020, la CDAP a, après avoir procédé à un échange de vues avec le tribunal de céans, déclaré le recours irrecevable et l'a transmis à celui-là, comme objet de sa compétence.

H.

Par décision incidente du 1^{er} décembre 2020, le juge instructeur a, après avoir entendu les parties, retiré l'effet suspensif au recours.

I.

Invitée à se prononcer sur le recours, l'intimée a, par courrier du 7 janvier 2021, conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de celui-ci et renvoyé à sa réponse déposée le 19 août 2020 devant la CDAP.

Elle rétorque que la grille d'évaluation des offres a été communiquée à la recourante par courrier du 30 juin 2020. Celle-là distingue trois scénarii en lien avec le critère « Aspects financiers ». Quel que soit le scénario retenu, son offre est classée en première position et ce, eu égard aux trois critères de sélection applicables. Ainsi, l'intimée ne voit pas comment, sur le vu de cette grille d'évaluation, la recourante pourrait prétendre obtenir la

concession litigieuse. Enfin, elle relève que l'identité de l'expert externe semblerait ressortir du ch. 2.3 du cahier administratif de l'appel d'offres. Le grief de violation du principe de la transparence – tiré de l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale sur le marché intérieur – serait dès lors mal fondé.

J.

Egalement invitée à se prononcer sur le recours, MBC a, dans un délai prolongé au 8 février 2021, conclu principalement à son irrecevabilité et, subsidiairement, à son rejet.

A l'appui, elle expose être une société anonyme au bénéfice d'une concession ferroviaire de l'Office fédéral des transports publics (OFT). Elle est ainsi concessionnaire d'une tâche publique, soit le transport de voyageurs. En tant que telle, elle ne dispose toutefois pas du domaine public, lequel dépend directement des communes. Il ne serait donc pas question ici d'une concession domaniale puisque les panneaux publicitaires prendront place sur son domaine privé, à savoir les voies de chemin de fer, les gares et sur et dans les véhicules de transport, également privés. La procédure mise en place par elle pour attribuer le contrat relatif à l'affichage publicitaire sur son domaine privé ne serait donc pas soumise à la loi fédérale sur le marché intérieur. Selon la loi sur le transport des voyageurs, les litiges entre les utilisateurs commerciaux et l'entreprise ferroviaire relèvent de la juridiction civile. L'acte attaqué n'étant pas une décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative, le recours n'est donc pas recevable.

Subsidiairement, s'agissant de la prétendue violation du principe de la transparence, MBC relève que d'une part, la décision ne doit être que sommairement motivée et, d'autre part, entre l'envoi de la décision et celui de la grille d'évaluation (cinq jours plus tard), elle a reçu la recourante pour lui expliquer son choix. La motivation de la décision a donc été complétée oralement puis, par écrit, par l'envoi de la grille d'évaluation. L'omission reprochée a ainsi été réparée dans le délai de recours et n'a donc pas porté préjudice à la recourante. Ensuite, les critères de sélection ont été exposés de manière suffisamment transparente dans l'appel d'offres et ne sont pas discriminatoires. De même, la pondération opérée repose sur des motifs objectifs. Enfin, le ch. 2.3 du cahier administratif de l'appel d'offres mentionne, de manière explicite et transparente, la composition du groupe d'évaluation des offres, y compris l'expert externe dont la recourante prétend ne pas connaître l'identité et contre lequel celle-là n'a formulé aucune demande de récusation dans le délai légal.

K.

Invitée à répliquer, la recourante s'est déterminée le 12 mars 2021, en exposant que MBC était soumise à la loi fédérale sur le transport des voyageurs en sa qualité d'entreprise de transport public. Il s'agirait par conséquent d'une entreprise concessionnaire d'une tâche publique fédérale dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal de céans en vertu de l'art. 33 let. h de la loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral. L'utilisation commerciale annexe des installations et véhicules destinés au transport des voyageurs – soit l'exploitation de surfaces d'affichage – n'affecterait pas la qualification d'espaces publics des installations et véhicules affectés à l'exercice d'une tâche publique fédérale. La coordination de l'utilisation desdites surfaces d'affichage (tel que le choix du concessionnaire) constitue ainsi une tâche de droit administratif. Il peut donc très bien y avoir concession, même s'il ne s'agit pas de la maîtrise du domaine public au sens strict mais d'autres biens publics. Le choix du partenaire contractuel, soit l'octroi de la concession d'affichage, relève ainsi du droit public, même si au final l'activité est régie par le biais d'une relation contractuelle relevant du droit privé. MBC l'a par ailleurs expressément admis dans ses documents d'appel d'offres en se référant à l'art. 2 al. 7 de la loi sur le marché intérieur relatif à la transmission d'un monopole. MBC a ainsi rendu une décision administrative, sujette à recours devant le tribunal de céans.

La recourante ajoute, sur le fond, que, si les critères d'évaluation sont bien décrits dans l'appel d'offres, la manière dont ils ont été appliqués serait pour le moins obscure et arbitraire tant s'agissant des aspects financiers que des autres aspects. En effet, il n'est nullement prévu dans l'appel d'offres qu'une redevance partiellement en nature, telle que proposée par l'intimée, soit possible. L'objet de ces prestations en nature n'est en outre pas non plus connu. De même, les trois scénarii exposés dans la décision contestée ne sont ni expliqués ni ne permettent de déterminer les motifs ayant conduit à l'attribution des pourcentages. Aucun élément ne permet davantage de comprendre pour quel motif l'intimée obtient de meilleurs notes et pourcentages qu'elle s'agissant des critères de la cohérence du projet et des ressources et pilotage. Ces points restent obscurs, attestant d'une violation des principes de la transparence, de non-discrimination et d'interdiction de l'arbitraire. Enfin, elle relève que, s'il n'y a pas eu d'interventions d'autres personnes que celles mentionnées dans le cahier administratif de l'appel d'offres, la décision attaquée, indiquant vouloir garder la confidentialité de la société mandataire du dossier d'évaluation, est incompréhensible. Si tel est le cas, elle comprendrait alors pourquoi elle n'a pas été choisie, l'expert externe ayant été le collaborateur de

D. _____ au sein de E. _____, lequel est actuellement le directeur des activités d'affichage de F. _____, dont fait partie l'intimée. L'évaluation des offres procéderait ainsi d'un examen des dossiers soumis n'étant ni neutre ni objectif.

L.

Invitée à dupliquer, MBC s'est prononcée par courrier du 15 avril 2021 en renvoyant à sa réponse. Elle a en outre rétorqué que la possibilité de présenter une redevance partiellement en nature relevait exclusivement des modalités de paiement, lesquelles n'étaient pas contraires à l'appel d'offres. Elle a indiqué que celle-ci se concrétisait en l'espèce par la mise à sa disposition d'espaces publicitaires dans les différents titres et médias dans lesquels l'intimée était active. Quant aux différents scénarii, ils ont été imaginés en raison de la réflexion supplémentaire que l'intimée a apportée. Il était donc nécessaire d'extraire ces plus-values afin de permettre la comparaison des offres. Cette démarche respecte pleinement le principe de l'égalité de traitement et de non-discrimination. L'offre de l'intimée répondait en outre mieux à son souhait d'optimiser la performance de ses actifs publicitaires en mettant l'accent sur le lien avec la clientèle. Le principe de l'interdiction de l'arbitraire n'a ainsi nullement été violé, dès lors que rien ne l'empêchait de faire usage de son large pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des dossiers des candidats, en choisissant le partenaire contractuel présentant l'offre économiquement la plus favorable sur la base des critères qu'elle avait préalablement établis. Aucune violation constitutionnelle ne pouvait dès lors être constatée.

M.

Egalement invitée à dupliquer, l'intimée ne s'est pas déterminée dans le délai imparti.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit :

1.

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement sa compétence ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1 ; arrêt du TAF B-6177/2008 du 25 novembre 2008 consid. 2.1, non publié aux ATAF 2008/61). La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (cf. art. 37 LTAF).

En vertu de l'art. 31 LTAF, le Tribunal administratif fédéral connaît ainsi des recours contre des décisions au sens de l'art. 5 PA, émanant d'une autorité selon l'art. 33 LTAF et si aucune des exceptions mentionnées à l'art. 32 LTAF n'est réalisée. Sont considérées comme décisions au sens de l'art. 5 PA, les mesures prises par les autorités fondées sur le droit public fédéral (cf. art. 5 al. 1 PA).

La question litigieuse en l'espèce est ainsi celle de savoir si l'acte attaqué peut être qualifié de décision au sens de l'art. 5 PA.

1.1 En l'occurrence, l'acte attaqué porte sur l'attribution à l'intimée d'une « concession d'affichage » mise au concours par MBC, soit une entreprise de transport public – bénéficiaire d'une concession pour le transport régulier de voyageurs à titre professionnel et d'une concession pour la construction et l'exploitation de l'infrastructure ferroviaire – exploitant des services de bus, une ligne ferroviaire (Bière-Apples-Morges) ainsi qu'un funiculaire à Cossonay.

1.1.1 MBC, au bénéfice d'une concession fédérale, est soumise à la loi fédérale du 20 mars 2009 sur le transport des voyageurs (LTV, RS 745.1). Fondée notamment sur l'art. 87 Cst. – selon lequel la législation sur le transport ferroviaire, les téléphériques, la navigation, l'aviation et la navigation spatiale relève de la compétence de la Confédération – dite loi régit la régie du transport de voyageurs ainsi que l'utilisation des installations et des véhicules destinés audit transport (cf. art. 1 al. 1 LTV). La régie du transport de voyageurs comprend le transport régulier et professionnel de voyageurs par chemin de fer, par route, sur l'eau, par installation à câbles, par ascenseur et par d'autres moyens de transport guidés le long d'un tracé fixe (cf. art. 1 al. 2 LTV). Selon l'art. 4 LTV, la Confédération a le droit exclusif d'assurer le transport régulier et professionnel de voyageurs et dispose ainsi d'un monopole de droit s'agissant de l'exploitation des lignes de transport public (cf. THIERRY TANQUEREL, Les services publics de transports, in : Le service public, Tanquerel/Bellanger [éd.], 2006, p. 233), lequel lui permet d'octroyer, par l'intermédiaire de l'OFT, des concessions de transport de voyageurs professionnel et régulier à des entreprises publiques ou privées (cf. art. 6 al. 1 1^{ère} phrase et al. 4 LTV ; TANQUEREL, op. cit., p. 236). La concession pour le transport régulier de voyageurs donne ainsi le droit exclusif à l'entreprise de transport bénéficiaire d'effectuer des transports de personnes sur les trajets ou les lignes concernés (cf. Message du CF du 13 novembre 1996 sur la réforme des chemins de fer [FF 1997 I 853], p. 875). L'entreprise concessionnaire est tenue d'appliquer le droit du

transport de voyageurs conformément à la législation et à la concession (cf. art. 6 al. 2 LTV). Aucune concession n'est en revanche octroyée aux réseaux de transport locaux dans le cadre de la LTV (cf. art. 10 al. 1 let. b. de l'ordonnance sur le transport de voyageurs [OTV, RS 745.11]).

1.1.2 En tant qu'elle exploite une ligne ferroviaire, MBC est également soumise à la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (LCdF, RS 742.101), laquelle subordonne la construction et l'exploitation d'une infrastructure ferroviaire à l'exigence d'une concession d'infrastructure (cf. art. 5 al. 1 LCdF). L'entreprise ferroviaire concessionnaire a ainsi l'autorisation et l'obligation de construire et d'exploiter l'infrastructure ferroviaire conformément à la législation ferroviaire et à la concession (cf. art. 5 al. 2 LCdF).

1.1.3 Les concessions d'infrastructure en matière de chemin de fer tout comme les concessions de transport de voyageurs constituent des concessions de service public (cf. PIERRE MOOR/FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL, Droit administratif, vol. III, 2^e éd 2018, p. 258), à savoir des concessions de monopole étatique, par lesquels l'Etat (concedant) octroie à un tiers (concessionnaire) le droit d'exercer une activité économique dont il a le monopole, en vertu de la Cst. ou de la loi (monopole de droit), pour des motifs d'intérêt public (cf. JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n° 1418 ; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^e éd. 2014, p. 441 ss). Par cette monopolisation, ladite activité est devenue une tâche publique et la concession de service public est une externalisation de cette tâche publique (cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, op. cit., p. 258 ; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX ULHMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7^e éd. 2016, n° 2719). Le concessionnaire l'exerce certes dans l'intérêt public mais en son nom et pour son propre compte (cf. PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. III, 1992, ch. 3.2.1.1).

1.1.4 Enfin, sous la section 3a de la LTV – « Utilisations des installations et des véhicules » – (introduite par le ch. I de la LF du 26 septembre 2014 portant modification de la LTV, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016, RO 2015 3205, FF 2013 6441), l'art. 18a prévoit que les entreprises au bénéfice d'une concession pour le transport de voyageurs peuvent édicter des prescriptions relatives à l'utilisation des installations et des véhicules qu'elles exploitent, dans la mesure où ces prescriptions sont nécessaires à la sécurité et au bon déroulement de l'exploitation des installations et des véhicules et où les comportements imposés par ces prescriptions ne

résultent pas du contrat de transport (al. 1). Elles peuvent rendre des décisions d'exécution des prescriptions d'utilisation (al. 2). Elles publient les prescriptions d'utilisation (al. 3). Les gestionnaires de l'infrastructure ferroviaire disposent des mêmes compétences (cf. art. 23 LCdF).

Depuis l'arrêt du Tribunal fédéral du 3 juillet 2012 (ATF 138 I 274, consid. 1.4), il est établi que les CFF et d'autres entreprises de chemin de fer concessionnaires ont le pouvoir de disposer afin de régler l'utilisation des biens publics dédiés aux transports publics. Par conséquent, les entreprises ferroviaires sont investies du pouvoir décisionnel pour exécuter leurs prescriptions d'utilisation (cf. Message du CF du 4 septembre 2013 relatif à la modification du droit des entreprises de transport routier et du droit pénal des transports [FF 2013 6441], p. 6461).

Selon l'art. 18b LTV – intitulé « Utilisations annexes » – les entreprises concessionnaires peuvent, à certaines conditions, mettre les installations et les véhicules à la disposition de tiers en vue d'utilisations commerciales annexes autres que le transport (al. 1). Elles peuvent soumettre à autorisation les utilisations annexes lorsque celles-ci relèvent de l'usage commun accru de leurs installations et véhicules (al. 2). Les litiges entre les utilisateurs commerciaux et les entreprises relèvent de la juridiction civile (art. 18b al. 4 LTV).

1.1.5 Les transports publics sont soumis à la surveillance de l'OFT (art. 52 1^{ère} phrase LTV). Les litiges – autres que les litiges d'ordre pécuniaire opposant le client et l'entreprise – sont soumis aux dispositions générales de la PA (art. 56 al. 2 LTV).

1.2 En l'espèce, le litige porte sur l'attribution à l'intimée du droit d'utiliser, à des fins commerciales (affichage publicitaire), les installations et véhicules de transport public exploités par MBC.

Celle-ci conteste en l'occurrence la compétence du tribunal de céans pour connaître du présent recours. Selon elle, le litige ressortirait des juridictions civiles, conformément à ce que prévoit l'art. 18b al. 4 LTV (cité sous consid. 1.1.4 ci-dessus). La procédure mise en place par elle pour attribuer le contrat relatif à l'affichage publicitaire ne serait donc pas soumise à la loi fédérale sur le marché intérieur (contrairement à la référence à celle-ci ressortant du cahier administratif de l'appel d'offres). En effet, en tant que concessionnaire d'une tâche publique, soit le transport de voyageurs, MBC ne disposerait toutefois pas du domaine public puisque celui-ci dépend directement des communes. Il ne s'agirait donc pas ici du cas de figure

dans lequel une commune concéderait un monopole d'affichage publicitaire à une société privée, en lui conférant le droit d'utiliser le domaine public, à titre privatif, à des fins commerciales. Les panneaux publicitaires prendront place sur son domaine privé (voies de chemin de fer et gares, propriétés privées) et sur et dans les véhicules eux-mêmes, qui sont également privés.

1.3 En préambule, il y a lieu de relever que la cause ne porte pas sur l'attribution d'un marché public, dès lors qu'il ne s'agit en l'occurrence pas de l'acquisition, par l'entité adjudicatrice, de fournitures, de constructions ou de services dans le but d'accomplir ses tâches publiques (cf. ATF 135 II 49 consid. 4.2 et 125 I 209 consid. 6b), ce qui n'est du reste pas contesté.

Ensuite, afin de délimiter le droit privé du droit public, le Tribunal fédéral s'appuie sur diverses méthodes élaborées par la doctrine (pluralisme des méthodes), à savoir la théorie des intérêts, la théorie dite fonctionnelle, la théorie de la subordination et la théorie dite modale (cf. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n° 223 ss ; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^e éd. 2018, ch. 378). Aucune d'entre elles ne l'emporte *a priori* sur les autres ; le Tribunal fédéral examine dans chaque cas quel est le critère le plus approprié pour déterminer le domaine juridique en cause (cf. not. ATF 138 II 134 consid. 1.2, 137 II 399 consid. 1.1, 132 V 303 consid. 4.4.2 ; arrêt du TAF B-6872/2017 du 16 mai 2018 consid. 2.2.1).

En l'occurrence, c'est la théorie dite fonctionnelle qui s'impose s'agissant d'examiner la compétence du tribunal de céans (cf. arrêt du TAF B-6872/2017 du 16 mai 2018 consid. 2.2.2). Selon dite théorie, une règle de droit appartient au droit public lorsque l'activité administrative qu'elle régit contribue directement à l'accomplissement de tâches publiques, à moins que la législation topique ne soumette cette activité au droit privé (cf. ATF 138 I 274 consid. 1.2 et réf. cit. ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., ch. 229).

1.4 Reste donc à examiner si l'attribution à un tiers du droit de faire un usage commercial annexe des installations et véhicules de MBC contribue directement à l'accomplissement de tâches publiques.

1.4.1 L'administration est en charge des biens de l'Etat (*öffentliche Sachen*). Il lui revient de gérer la fortune disponible de l'Etat. Elle doit aussi utiliser certains biens de l'Etat pour accomplir les tâches qui lui sont confiées. Les biens de l'Etat sont ainsi classés en diverses catégories en

fonction de leur destination : le patrimoine financier, le domaine public au sens étroit – soit les biens publics susceptibles d'un usage commun – et le patrimoine administratif. Ces deux dernières catégories forment le domaine public au sens large, lequel sert directement à l'accomplissement de tâches publiques (cf. TANQUEREL, op. cit., ch. 178 ; ATF 138 I 274 consid. 2.3.2).

1.4.1.1 Le domaine public au sens étroit (*Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch*) comprend les biens publics qui servent directement à l'accomplissement de tâches publiques et qui sont librement accessibles à l'ensemble de la population conformément à leur destination, de manière égale et gratuite, sans intervention nécessaire des agents de l'Etat (cf. ATF 138 I 274 consid. 2.3.2 ; 143 I 37 consid. 6.1). Il comprend d'une part, le domaine public naturel, lequel se compose des choses sans maître servant à l'usage commun au sens de l'art. 644 al. 2 CC et, d'autre part, le domaine public artificiel, défini par le droit cantonal, à savoir les ouvrages créés et affectés par l'homme à un but d'intérêt général, notamment les routes, les places et les ponts (cf. THIERRY LARGEY, *Le statut juridique de l'air*, 2017, p. 57 ss). Les cantons ou les communes peuvent réglementer l'usage du domaine public par les particuliers (cf. ATA/63/2012 du 31 janvier 2012 consid. 7a).

1.4.1.2 Le patrimoine administratif est également constitué des biens appartenant à l'Etat et directement affectés à l'accomplissement de tâches publiques, sans toutefois être accessibles de façon égale à tout un chacun (cf. ATF 138 I 274 consid. 2.3.2, 127 I 84 consid. 4b ; TANQUEREL, op. cit., ch. 188 ; FRANÇOIS BELLANGER, *Commerce et domaine public*, in : *Le domaine public*, Bellanger/Tanquerel [éd.], 2004, p. 44 ss). Sur le plan général, l'accès du public aux biens du patrimoine administratif est ainsi limité par l'usage auquel ils sont affectés. On y distingue notamment les biens abritant les services publics ouverts au public (les usagers), comme les écoles, les hôpitaux, les bibliothèques publiques, les installations sportives ainsi que les véhicules des transports publics. Ces biens, affectés à l'exécution d'un service public, se définissent comme patrimoine administratif à l'usage de l'établissement (*Verwaltungsvermögen im Anstaltsgebrauch*) (cf. ATF 138 I 274 consid. 2.3.2 ; 143 I 37 consid. 6.1 ; ATA/672/2015 consid. 5b).

1.4.2 En l'espèce, il ressort du cahier des charges de l'appel d'offres que le périmètre publicitaire exploitable, mis au concours par MBC, porte sur ses véhicules de transport de ligne, les haltes du Chemin de fer Bière-Apples-Morges, les panneaux routiers potentiels et les cabines et haltes

du funiculaire à Cossonay, à l'exclusion des abris de bus situés sur le domaine public, des commerces implantés dans les haltes, de l'affichage entravant la visibilité sur des éléments de signalétique ou d'information à la clientèle, de l'affichage à proximité immédiate et sur les installations de sécurité et de la diffusion de publicités sonores.

Comme susmentionné, la Confédération dispose d'un monopole de droit s'agissant de l'activité de transport régulier et professionnel de voyageurs. Celle-là a en l'occurrence transféré à MBC, via l'octroi d'une concession, l'exercice de cette tâche de service de transport public sur les trajets et lignes concernés (cf. consid. 1.1.1 ci-dessus). Contrairement à ce que soutient MBC, elle est donc – à l'instar des CFF, également bénéficiaires d'une concession fondée sur le droit public fédéral (cf. ATF 138 I 274 consid. 1.4 ; arrêt du TAF B-6872/2017 précité consid. 2.3.1) – chargée d'une tâche étatique (cf. consid. 1.1.3 ci-dessus), laquelle nécessite des moyens appropriés. Aussi, les véhicules de transport de ligne, les cabines de funiculaire, les panneaux routiers et les haltes de chemin de fer et de funiculaire exploités par MBC servent directement et principalement à l'accomplissement de la tâche de service public confiée à celle-ci. Ils sont nécessairement, intrinsèquement, liés au service du transport de voyageurs ; c'est là leur but premier, leur affectation et utilisation ordinaires. Il s'agit dans cette mesure de biens publics directement affectés à l'exécution du service du transport public (cf. dans ce sens ATF 138 I 274 consid. 1.4) ; ils font en particulier partie du patrimoine administratif dont l'usage est défini par leur destination (cf. consid. 1.4.1.2 ci-dessus ; cf. ATF 127 I 84 consid. 4b ; TOBIAS JAAG, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, in : ZBI 93/1992, p. 146 ss). S'agissant des gares ou haltes, la jurisprudence n'est pas unanime quant à savoir si les surfaces de circulation constituent un bien du patrimoine administratif affecté à l'usage d'un établissement ou un bien susceptible d'un usage commun. Quoi qu'il en soit, il s'agit, en tous les cas, d'un bien du domaine public au sens large (cf. arrêt du TAF B-6872/2017 précité consid. 2.3.2 et réf. cit.), dès lors qu'il est directement affecté à l'accomplissement de tâches publiques (cf. consid. 1.4.1 ci-dessus).

Aussi, contrairement à ce que considère MBC, les infrastructures directement affectées à l'accomplissement d'une tâche de service public relèvent du patrimoine administratif de l'Etat ; ce ne sont en effet pas de simples infrastructures privées, même si MBC en a la propriété (cf. sur ce point ATF 138 I 274 consid. 1.4). MBC ne saurait tirer aucun argument en sa faveur du fait que les abris de bus situés sur le domaine public soient

exclus du périmètre publicitaire exploitable, les surfaces d'affichage de ceux-ci pouvant déjà faire l'objet d'une utilisation par la commune.

1.4.3 Lorsque la destination des biens de l'Etat correspond à une tâche ou à une utilisation publique, la réglementation des biens en cause découle tout naturellement du droit public (cf. TANQUEREL, op. cit., ch. 179 ; cf. également ATF 138 I 274 consid. 1.4 et réf. cit. ; arrêt du TAF B-6872/2017 précité consid. 2.3.1). En l'occurrence, le litige ne porte toutefois pas sur l'utilisation du patrimoine administratif pour laquelle MBC bénéficie de concessions d'infrastructure et de transport de voyageurs mais sur l'utilisation annexe de celui-là par un tiers à des fins commerciales, telle que prévue par l'art. 18b LTV (cité sous consid. 1.1.4 ci-dessus), à savoir en tant que surfaces d'affichage publicitaire (cf. FF 2013 6441, spéc. p. 6462).

1.4.3.1 L'usage ordinaire (conforme à sa destination) d'un bien du patrimoine administratif est prioritaire par rapport à tout autre usage, en ce sens qu'il ne saurait être ni totalement ni même partiellement entravé par l'équivalent d'un usage privatif ou accru qui serait consenti à un tiers (cf. DUBEY/ZUFFEREY, op. cit., n° 1531). Ainsi, dans la mesure où elles n'entravent pas l'accomplissement de la tâche publique à laquelle un bien du patrimoine administratif est affecté, des utilisations particulières, sans rapport direct avec cette tâche, peuvent être admises (cf. ATA/672/2015 consid. 5c) ; on parle dans ce cas d'utilisations marginales (*Randnutzungen* ; cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, op. cit., p. 759).

En l'espèce, l'utilisation extraordinaire des véhicules et installations de MBC, à des fins publicitaires, n'affecte nullement la réalisation de la tâche administrative de transport public à laquelle ils sont principalement destinés (cf. dans ce sens ATF 127 I 84 consid. 4b). L'utilisation ordinaire desdites infrastructures en vue du transport des voyageurs (cf. consid. 1.4.2 ci-dessus) n'est pas évincée pour autant (cf. ATF 127 I 84 consid. 4b), celles-ci pouvant en effet servir simultanément au transport et à d'autres fins, commerciales ou non (cf. FF 2013 6441, spéc. p. 6461). L'art. 18b al. 1 let. a LTV exige par ailleurs que les utilisations commerciales annexes des véhicules et installations n'entravent pas le transport. L'utilisation annexe desdits véhicules et installations, en tant que surfaces d'affichage, ne conduit ainsi nullement à une désaffectation de ceux-ci du domaine public – c'est-à-dire qu'il n'y a pas de conversion en actifs financiers. Il s'agit bien plus d'une utilisation marginale, supplémentaire, des biens du patrimoine administratif à des fins

commerciales (cf. dans ce sens arrêt du TAF B-6872/2017 précité consid. 2.3.5).

1.4.3.2 Tout usage extraordinaire du patrimoine administratif par des tiers implique un acte spécial l'autorisant (cf. THIERRY TANQUEREL, op. cit., ch. 197). L'art. 18b al. 2 LTV (cité sous consid. 1.1.4 ci-dessus) prévoit à cet égard que les entreprises concessionnaires peuvent soumettre à autorisation les utilisations annexes lorsqu'elles relèvent de l'usage commun accru de leurs installations et véhicules. Le Tribunal fédéral a par ailleurs considéré que la pose d'affiches publicitaires sur le domaine public requérait un usage privatif de celui-ci, dès lors qu'elle impliquait une activité d'une certaine importance, durable et excluant toute autre utilisation semblable par des tiers (cf. ATF 128 I 295 consid. 3c.aa et réf. cit. ; ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, vol. II, 1984, p. 552).

L'octroi d'un usage privatif sur un bien appartenant au domaine public au sens large – sur lequel la collectivité dispose d'un monopole de fait – fait généralement l'objet d'une concession d'usage exclusif (*Sondernutzungskonzession* ; cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, op. cit., p. 256 et 762 ; JAAG, op. cit., p. 155 et 167 ; ATF 145 II 303 consid. 6.1.1 et 6.1.2, 143 II 598 consid. 4.1.1). MBC dispose en l'occurrence d'un monopole de fait s'agissant de l'affichage sur les véhicules et installations qu'elle exploite (cf. dans ce sens arrêt du TAF B-6872/2017 précité consid. 2.3.5, cf. également ATF 125 I 209 consid. 10b).

1.4.3.3 Contrairement à ce que soutient MBC, il n'est pas déterminant que l'utilisation annexe des véhicules et installations de transport ne constitue pas en soi une tâche publique (cf. ATF 125 I 209 consid. 6) – et que le concessionnaire ne soit donc pas chargé d'une telle tâche – mais que la location de surfaces d'affichage publicitaire à des tiers, en contribuant à améliorer les recettes de MBC, sert indirectement à financer les tâches publiques de celle-ci (cf. ATF 138 I 274 consid. 2.3.3, 139 I 306 consid. 3.2.2 ; arrêt du TAF B-6872/2017 précité consid. 2.3.6).

1.4.4 Il suit de ce qui précède qu'en octroyant à un tiers, au moyen d'un appel d'offres, le droit d'utiliser, à titre commercial et privatif, des biens publics, MBC administre et coordonne l'utilisation du domaine public (au sens large) et accomplit ainsi directement une tâche étatique (cf. arrêt du TAF B-6872/2017 précité consid. 2.3.5).

L'attribution à un tiers du droit de faire un usage commercial annexe des installations et véhicules de MBC est donc soumise au droit public selon la

théorie dite fonctionnelle (cf. consid. 1.3 ci-dessus) et ce, même si les modalités d'usage sont par la suite fixées dans un contrat de droit privé (cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, op. cit., p. 757). En effet, selon la théorie dite de l'acte détachable ou des deux niveaux (*Zweistufentheorie*) – applicable en particulier en droit des marchés publics (cf. ATF 134 II 297 consid. 2.1) – une distinction est faite, lors de la conclusion de contrats de droit privé par l'administration, entre le stade de formation de la volonté de l'autorité, soumis au droit public et conclu par une décision, et le stade de formation du contrat, régi par le droit privé (cf. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n° 1394). Même si le Tribunal fédéral ne souhaite pas de transposition mécanique de l'ensemble de la réglementation des marchés publics à l'octroi de concessions d'usage privatif (cf. ATF 143 II 120 consid. 6.2 et 6.3.1, 125 I 209 consid. 6b ; voir ég. ETIENNE POLTIER, in : Commentaire romand, 2013 2^e éd., n° 57 ad art. 2 al. 7 LMI), il a néanmoins parfois appliqué dite théorie à celui-ci et considéré, dans certaines circonstances, cette formation de la volonté comme un acte de souveraineté attaquant (cf. arrêt du TF 2C_314/2013 du 19 mars 2014 consid. 1.1.2 et réf. cit. ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n° 1394 et 1403).

1.5 Comme susmentionné, en tant que gestionnaire d'un réseau ferroviaire et entreprise de transport de voyageurs, MBC dispose, en application des art. 23 LCdF et 18a et 18b LTV (cités sous consid. 1.1.4 ci-dessus), de la compétence d'édicter des prescriptions d'utilisation de ses installations et véhicules – et de rendre des décisions en application de celles-là – dans la mesure notamment où elles sont nécessaires au bon déroulement de l'exploitation des installations et des véhicules. En l'espèce, en octroyant à l'intimée le droit de poser des affiches publicitaires sur ses infrastructures affectées au transport public, MBC a fait usage de son pouvoir de décision (cf. FF 2013 6441, spéc. p. 6461, avec référence à l'ATF 138 I 274 consid. 1.4, citée sous consid. 1.1.4 ; arrêt du TAF A-6478/2016 du 22 novembre 2017 consid. 6.2.1.4). Dans ces circonstances, il y a lieu de retenir que l'acte attaqué est un acte administratif de droit public fédéral susceptible de recours.

1.6 Contrairement à ce que prétend MBC, l'art. 18b al. 4 LTV – selon lequel les litiges entre les utilisateurs commerciaux et les entreprises relèvent de la juridiction civile – ne contredit pas ce qui précède. Rien ne laisse en effet à penser que le législateur ait voulu également soumettre la décision relative à l'utilisation commerciale annexe des installations – et pas seulement expressément la relation contractuelle qui en découle entre l'entreprise et l'utilisateur – au droit privé. Dite disposition vise plutôt à ce

que l'utilisation commerciale – si elle est autorisée – soit régie par le droit privé et les éventuels différends entre les parties contractantes tranchés par les tribunaux civils (cf. FF 2013 6441, spéc. p. 6462). L'art. 18b al. 4 LTV ne dit en revanche rien sur le point de savoir si l'attribution à un tiers d'un droit à un usage privatif du domaine public relève du droit privé ou du droit public. En effet, en cas de monopole de fait, un contrat de droit privé n'apparaît pas approprié (cf. arrêt du TAF A-4862/2014 du 3 juin 2015 consid. 6.4). La LTV ne change donc rien au fait que l'objet du litige ressorte du droit public.

En résumé, le tribunal civil connaît des litiges ressortant de la relation contractuelle entre le concessionnaire et le concédant. En revanche, l'acte attribuant au concessionnaire le droit de faire un usage annexe des infrastructures affectées au transport public, soit l'objet du litige, est soumis aux dispositions du droit administratif. La procédure mise en œuvre en l'espèce relève donc du droit public et non d'un simple exercice de la liberté contractuelle au sens du droit privé, comme le prétend MBC.

1.7 Il suit de là que l'acte, par lequel MBC – en sa qualité d'entreprise de transport public bénéficiaire d'une concession fondée sur la LTV (cf. art. 1 al. 2 let. e PA) – attribue à l'intimée un droit d'usage privatif sur ses véhicules et installations affectés au transport régulier et professionnel de voyageurs, constitue une décision au sens de l'art. 5 PA, susceptible de recours devant le Tribunal administratif fédéral en application des art. 31 et 33 let. h LTAF. Aucune des exceptions mentionnées à l'art. 32 LTAF n'est par ailleurs réalisée en l'espèce.

Le Tribunal administratif fédéral est de ce fait compétent pour connaître du présent recours.

1.8 Pour le reste, la qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (cf. art. 48 al. 1 PA). Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme du mémoire de recours, ainsi qu'à l'avance de frais (cf. art. 11 al. 1, art. 50 al. 1 en lien avec art. 22a al. 1 let. b, art. 52 al. 1 et art. 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est dès lors recevable.

2.

Sur le plan formel, la recourante se plaint de ce que la décision attaquée ne lui permettrait notamment pas de comprendre comment les notes et pourcentages ont été attribués.

Le droit d'être entendu, garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., comprend notamment l'obligation pour l'autorité de motiver ses décisions afin que le justiciable puisse les comprendre et exercer ses droits de recours à bon escient. Pour satisfaire à cette exigence, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision (cf. ATF 142 II 154 consid. 4.2 et réf. cit.).

En l'espèce, la décision attaquée indique que la concession a été octroyée à l'intimée pour le motif qu'il s'agissait de l'offre économiquement la plus avantageuse, conformément à la grille d'évaluation faisant partie intégrante de la décision. Celle-là indique les pourcentages obtenus par la recourante et l'intimée pour chacun des critères d'évaluation, ainsi que leur pondération. Elle donne également une explication s'agissant des trois scénarii sur lesquels elle s'est fondée pour évaluer les offres. La décision mentionne encore qu'un entretien a eu lieu entre l'autorité inférieure et les parties en date du 26 juin 2020.

Compte tenu de la procédure en cause, laquelle présente une certaine analogie avec celle du droit des marchés publics (cf. consid. 1.4.4 ci-dessus), il y a lieu d'admettre que les exigences minimales en matière de motivation ont en l'occurrence été respectées (cf. not. s'agissant des marchés publics arrêt du TAF B-1185/2020 du 1^{er} décembre 2020 consid. 2.2 et réf. cit.). Pour le surplus, la présente procédure a permis à la recourante de mieux saisir les motifs de la décision attaquée.

3.

En se référant à la documentation contenue dans l'appel d'offres (cf. let. A ci-dessus), la recourante soutient que l'attribution de la concession litigieuse devrait être qualifiée de transmission de l'exploitation d'un monopole communal ou cantonal au sens de l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02). Or, comme exposé ci-dessus, l'autorité inférieure dispose d'un monopole de fait sur ses installations et véhicules de transport en vertu de la concession de service public que la Confédération lui a octroyée (cf. consid. 1.4.2 et 1.4.3.2). L'existence d'un monopole cantonal ou communal, nécessaire à l'application de la LMI, fait donc défaut en l'espèce. A noter toutefois que, même si la LMI ne prévoit pas d'appel d'offres public, d'autres exigences

fédérales aboutissent à des garde-fous qui devraient constituer la base d'une procédure d'attribution de concession en tant qu'exigences minimales (cf. DANIEL KUNZ, in : Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [éd.], *die Konzession*, 2011, p. 40 ss).

Il s'ensuit que la décision dont est recours ne peut être examinée qu'à la lumière des principes généraux constitutionnels. Les droits fondamentaux (art. 35 al. 2 Cst.), et en particulier la liberté économique, ne permettent en principe pas d'exiger de pouvoir bénéficier d'un usage extraordinaire du patrimoine administratif (cf. ATF 143 I 37 consid. 7.2, 127 I 84 consid. 4b). L'Etat dispose donc d'un grand pouvoir d'appréciation dans l'exercice de sa tâche publique, sous réserve toutefois du respect des principes généraux du droit public contenus à l'art. 5 al. 2 Cst., à savoir l'interdiction de l'arbitraire, l'égalité de traitement, la proportionnalité, l'intérêt public ainsi que le devoir d'adopter une attitude neutre et objective (cf. ATF 143 I 37 consid. 7.1 et 7.5, 140 I 201 consid. 6.4.1). La délégation de tâches publiques ou de compétences administratives à des particuliers ne supprime en principe pas ces obligations constitutionnelles (cf. ATF 127 I 84 consid. 4c ; BELLANGER, *op. cit.*, p. 50).

4.

A ce titre, la recourante fait valoir dans un premier grief une violation des principes de l'interdiction de l'arbitraire et de non-discrimination. Elle relève ainsi dans sa réplique que l'intimée a proposé une redevance de (...) francs sur cinq ans, dont (...) en espèces et (...) en nature. Or, il ne serait nullement prévu dans l'appel d'offres qu'une redevance en nature puisse être proposée, un tel procédé paraissant ainsi non conforme à l'appel d'offres. Aucun renseignement n'est de surcroît donné sur ce que recouvrent ces prestations en nature. Ce manque de transparence empêcherait donc de déterminer si le principe de non-discrimination a été respecté. Il serait également nécessaire d'obtenir des explications quant aux trois scénarii exposés dans la décision déférée, lesquels ne seraient ni clairs ni ne permettraient de déterminer les motifs ayant conduit à l'attribution des pourcentages. De même, s'agissant des aspects non financiers, aucun élément ne permettrait de comprendre pour quel motif l'intimée a obtenu de meilleurs notes et pourcentages qu'elle en lien avec la cohérence du projet et les ressources et pilotage. Ici aussi, ce manque de transparence attesterait d'une violation des principes de non-discrimination et de l'interdiction de l'arbitraire.

4.1 De manière générale, une décision viole le principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne

se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable n'est pas traité de manière différente (cf. ATF 141 I 235 consid. 7.1). Au principe de l'égalité de l'alinéa premier, l'alinéa 2 de l'art. 8 Cst. ajoute une interdiction des discriminations, tenant à l'appartenance à un groupe déterminé, défavorisé. Le grief de discrimination ne se confond pas avec celui de violation du principe de l'égalité, en ce sens qu'il doit toucher spécialement la dignité sociale ou personnelle du candidat écarté (cf. arrêt du TAF A-2757/2009 du 12 octobre 2010 consid. 12.1). Aussi, les personnes morales ne sont-elles pas directement visées par cette disposition et elles ne peuvent, en règle générale, pas se prévaloir de l'art. 8 al. 2 Cst (cf. BERNHARD PULVER, L'interdiction de la discrimination, 2003, ch. 224). Le grief tiré de la violation du principe de non-discrimination invoqué par la recourante doit donc être compris comme une violation du principe de l'égalité de traitement au sens de l'art. 8 al. 1 Cst.

Le principe de l'égalité et celui de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) sont étroitement liés (cf. ATF 132 I 157 consid. 4.19). Une décision viole le principe de l'interdiction de l'arbitraire lorsqu'elle ne repose pas sur des motifs sérieux et objectifs ou si elle est dépourvue de sens et de but. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (cf. ATF 132 I 157 consid. 4.1 et 129 I 1 consid. 3).

4.2 En l'espèce, il ressort du cahier administratif de l'appel d'offres que les offres sont évaluées sur la base des critères suivants :

Aspects financiers (pondérés à concurrence de 60%), à savoir :

- Minimum garanti (30%)
- Taux de redevance prévisionnelle (24%)
- Plan d'investissement prévisionnel (6%)

Cohérence du projet (pondérée à hauteur de 30%), à savoir :

- Cohérence du *plan marketing* (12%)
- Cohérence du *business plan* prévisionnel (11%)

- Design, qualité et implantation des différents types de support (7%)

Ressources et pilotage (pondérés à raison de 10%), à savoir :

- Organisation du candidat (3%)
- Ressources commerciales dédiées (3%)
- Qualité des *reportings* (2%)
- Développement durable (2%).

4.3 S'agissant du critère « Aspects financiers », il y a lieu de préciser que le cahier des charges de l'appel d'offres indique, sous le titre « Paiement », que « les redevances sont payables annuellement. Le paiement se fera sous forme d'acomptes trimestriels correspondant à 25% du minimum garanti annuel budgété ». Le cahier administratif précise que les redevances devront être calculées afin de maximiser le revenu net de MBC.

4.3.1 Pour le sous-critère « minimum garanti », l'intimée a proposé, pour la durée du contrat de 5 ans, un montant de (...) francs en espèces (contre [...] pour la recourante), auquel elle a ajouté la mise à la disposition gratuite de MBC d'espaces publicitaires d'une valeur de (...) francs dans les différents titres et médias dans lesquels elle est active, comme l'a expliqué MBC dans ses écritures.

Si, comme l'indique la recourante, l'appel d'offres ne prévoit pas la possibilité de s'acquitter (en partie) de la redevance en nature, il n'exclut pas pour autant expressément les variantes. L'autorité inférieure a estimé, comme exposé dans ses écritures, que la possibilité de présenter une redevance partiellement en nature relevait d'un *business plan* innovant qui ne modifiait pas le montant de la rémunération ; il s'agissait tout au plus d'une modalité de paiement qui n'était pas contraire à l'appel d'offres. Le tribunal ne voit pas en quoi – et la recourante ne l'explique d'ailleurs pas davantage – l'acceptation par l'autorité inférieure du paiement en nature d'une partie de la redevance serait insoutenable ni en quoi elle désavantagerait la recourante. En outre, en raison de la structure différente des deux offres, l'autorité inférieure a, comme exposé dans la décision déferée, imaginé trois scénarii possibles afin de procéder à une comparaison de celles-ci en lien avec le sous-critère « minimum garanti ». En l'absence d'un scénario idéal, il a été établi que la proposition dont le score était le plus élevé reçoit le pourcentage de score total disponible

pour l'élément concerné et que l'autre offre reçoive un pourcentage au *prorata*.

Ainsi, le scénario n° 1 compare la valeur totale (en espèces et en nature) de la redevance des deux offres. Il ressort du rapport d'évaluation des réponses établi par l'expert externe T. _____ que l'autorité inférieure a attribué à l'offre de l'intimée les pourcentages maximaux s'agissant du minimum garanti (30%) et du taux de redevance prévisionnelle (24%), dès lors que les montants y relatifs proposés par l'intimée étaient supérieurs à ceux de la recourante. Les pourcentages obtenus par la recourante pour ces deux sous-critères procèdent, quant à eux, de la pondération des montants proposés dans l'offre de celle-là par rapport à ceux de l'offre de l'intimée, pour lesquels cette dernière s'est vu gratifier des pourcentages maximaux.

Le scénario n° 2 supprime, quant à lui, la valeur non monétaire pour permettre une comparaison directe entre les éléments en espèces dans les deux offres. Ainsi, pour le sous-critère « minimum garanti », c'est la recourante qui obtient le pourcentage maximal dès lors que le montant offert est supérieur, le pourcentage octroyé à l'intimée étant toutefois très proche. En revanche, pour le « taux de redevance prévisionnelle », le pourcentage maximal est octroyé à l'intimée.

Enfin, le scénario n° 3 permet de comparer les prévisions de revenus basées uniquement sur le portefeuille existant de MBC, comme y a procédé la recourante. Ce scénario fournit ainsi également une comparaison directe entre les attentes en matière de performance commerciale de chaque activité. Là aussi, pour le sous-critère « minimum garanti », c'est la recourante qui obtient le pourcentage maximal. En revanche, l'intimée reçoit le pourcentage maximal pour le taux de redevance prévisionnelle, suivie de très près par la recourante.

4.3.2 Quant au troisième sous-critère « plan d'investissement prévisionnel », l'intimée obtient le pourcentage maximal (6%), quel que soit le scénario envisagé, dès lors que la recourante n'a, quant à elle, proposé aucun plan d'investissement ; celle-ci n'a de ce fait reçu aucun point.

4.3.3 Ainsi, pour le scénario n° 1, l'intimée obtient 60% (contre 36% pour la recourante) ; pour le scénario n° 2, l'intimée obtient 59% (contre 50% pour la recourante) et pour le scénario n° 3, l'intimée obtient 54% (contre 53% pour la recourante). Quel que soit le scénario retenu, l'offre de l'intimée est la plus avantageuse économiquement.

4.3.4 Les scénarii sur lesquels se fonde l'autorité inférieure pour réaliser une comparaison des offres sous l'angle des aspects financiers ne prêtent pas le flanc à la critique. Au contraire, ils permettent de traiter l'offre de l'intimée et celle de la recourante sur un pied d'égalité. Le procédé choisi par l'autorité inférieure consistant à attribuer le pourcentage maximal à l'offre proposant la redevance la plus élevée et un pourcentage au *pro rata* de celle-là pour l'offre présentant la redevance la moins élevée n'est pas davantage choquant. Dans ces circonstances, le tribunal ne voit pas en quoi l'autorité inférieure aurait violé le principe de l'égalité de traitement en procédant comme elle l'a fait. Quant à l'évaluation même de l'offre de la recourante sous l'angle de l'aspect financier, elle n'est pas non plus critiquable au regard des éléments ressortant du dossier. Elle ne procède en aucun cas d'un excès ou d'un abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure.

4.4 Quant au critère « Cohérence du projet », il ressort du rapport d'évaluation précité que le plan d'affaires de l'intimée – mieux noté que celui de la recourante – contient un plan bien défini pour le développement de nouveaux supports publicitaires, contrairement à celui de la recourante qui ne propose pas de développer des produits ou des sites supplémentaires pour le portefeuille de MBC qui nécessiteraient un investissement financier.

Le plan de marketing de l'intimée – également mieux noté – tient compte, selon ledit rapport d'évaluation, de l'opportunité offerte, par la connaissance du marché local et régional dont dispose l'intimée, de redynamiser le marché local de MBC. Il décrit notamment comment attirer le réseau de clients existants de l'intimée. Le calendrier des activités de marketing fourni par la recourante ne montre en revanche aucune particularité s'agissant de la clientèle de MBC et semble être principalement axé sur l'activité en ligne.

Quant au design, qualité et implantation des différents types de supports, c'est la recourante qui, cette fois, obtient un meilleur pourcentage que l'intimée dès lors que, selon le rapport précité, en tant qu'entreprise bien établie et très expérimentée dans le domaine de l'affichage et de la publicité dans les transports, il ne fait aucun doute qu'elle possède l'expertise et les connaissances nécessaires pour fournir une qualité appropriée, ce qui est confirmé par les informations fournies dans sa soumission.

S'agissant de la cohérence du projet, l'intimée obtient ainsi 26% contre 23% pour la recourante, ce qui ne consacre pas, compte tenu de ce qui précède, une violation du principe de l'interdiction de l'arbitraire.

4.5 Quant au troisième critère « Ressources et pilotage », il ressort du rapport d'évaluation précité que la recourante et l'intimée obtiennent toutes deux le pourcentage maximal pour « l'organisation du candidat ». S'agissant des « ressources commerciales et opérationnelles dédiées », l'intimée est en revanche mieux notée que la recourante, qui ne semble pas avoir d'équipe de vente dédiée au portefeuille de MBC. Pour la « qualité des reportings », aucune indication précise n'a été donnée quant à la fréquence des rapports de la recourante – moins bien notée ; aucun investissement n'est proposé par celle-ci, de sorte qu'il n'y a pas d'information connexe ; enfin, il n'y a aucune indication selon laquelle elle aurait l'intention de fournir un rapport de marketing. En matière de « développement durable » pour finir, les deux soumissionnaires obtiennent le pourcentage maximal.

L'intimée obtient ainsi pour ce critère le pourcentage total de 10% contre 8% pour la recourante, ce qui ne prête, ici aussi, pas non plus le flanc à la critique eu égard aux éléments précités ressortant du dossier.

4.6 Les offres ont été évaluées sur la base des critères de sélection contenus dans le cahier administratif – lesquels ne sont pas critiquables – et, sur cette base, l'autorité inférieure a retenu l'offre de l'intimée, comme elle s'en explique dans ses écritures, d'une part car elle était la plus avantageuse économiquement avec des opportunités de développement de son portefeuille. D'autre part, elle a été convaincue par le modèle d'affaires innovant proposé par l'intimée, également active dans différents médias, qui correspondait davantage à son souhait d'optimiser la performance de ses actifs publicitaires en mettant l'accent sur le lien avec la clientèle. Dans ces circonstances, le tribunal ne voit nullement en quoi l'autorité inférieure aurait procédé à une évaluation insoutenable des offres soumises. La recourante n'explique pas davantage en quoi l'autorité inférieure aurait opéré une distinction injustifiée entre son offre et celle de l'intimée.

Il s'ensuit que l'évaluation de l'offre de la recourante par l'autorité inférieure, sur la base des critères « Aspects financiers », « Cohérence du projet » et « Ressources et pilotage », ne consacre en aucun cas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation ; elle n'est en particulier pas

constitutive d'une violation des principes de l'interdiction de l'arbitraire ou de l'égalité de traitement.

5.

Dans un second grief, la recourante invoque une violation du devoir d'adopter une attitude neutre et objective.

5.1 Citant un passage de la décision entreprise – selon lequel « la société mandataire du dossier d'évaluation ne souhaitant pas communiquer des informations confidentielles et commercialement sensibles en vue de futurs appels d'offres de sociétés de transport public, celle-ci souhaite garder l'anonymat, ainsi nous respectons cette confidentialité » – la recourante relève que, selon l'autorité inférieure, il n'y aurait pas eu d'interventions d'autres personnes ou sociétés que celles mentionnées dans l'appel d'offres, soit, s'agissant des personnes externes à celle-ci, T._____ de J._____. Or, si tel est bien le cas, elle dit ne pas saisir alors la phrase précitée contenue dans la décision contestée et comprendrait en revanche pourquoi elle n'a pas été choisie. En effet, T._____ aurait été le collaborateur de D._____ au sein de E._____, lequel est actuellement le directeur des activités d'affichage de F._____, dont fait partie l'intimée.

5.2 Il ressort du cahier administratif de l'appel d'offres que le nom des membres du groupe d'évaluation des offres était connu, y compris celui de T._____ de J._____, qui est intervenu en qualité d'expert externe à MBC. Le recours à des spécialistes – conseils, lesquels n'ont pas de droit de vote, est par ailleurs expressément prévu par le cahier administratif (p. 4). L'autorité inférieure a affirmé dans ses écritures qu'aucune autre personne, que celles mentionnées dans le cahier administratif, n'était intervenue dans le cadre de l'évaluation des offres. La recourante n'apporte pas le moindre indice laissant à penser qu'une personne non identifiée aurait pris part à dite évaluation. Le passage précité de la décision attaquée ne suffit pas à mettre en doute les allégations de l'autorité inférieure. Quant à la participation de T._____ dans le processus d'évaluation des offres, elle était, comme déjà dit, connue de la recourante, laquelle a néanmoins déposé son offre sans demander la récusation du prénommé. Elle ne saurait dès lors, de bonne foi, se plaindre à présent d'un lien entre celui-ci et le directeur de F._____, auquel appartient l'intimée. De surcroit, des contacts réguliers dans un cadre professionnel ne suffisent en principe pas à créer une apparence de prévention (cf. arrêts du TF 5A_701/2017 du 14 mai 2018 consid. 4.3 et 9C_366/2013 du 2 décembre 2013 consid. 5.2.1 et réf. cit.). T._____ ne s'est par ailleurs pas récusé, alors que, selon le cahier administratif, les

membres du groupe d'évaluation se sont engagés à le faire, notamment en cas de circonstances susceptibles de créer un conflit d'intérêts ayant un impact sur leur impartialité (cf. p. 4). Au contraire, le prénommé a déclaré dans un courriel du 8 février 2021 qu'il n'avait eu aucun contact avec l'intimée – ni avec personne, hormis MBC – durant la procédure d'attribution de la concession et était resté parfaitement indépendant. Ce faisant, la recourante n'apporte aucun élément – et le dossier n'en contient pas davantage – permettant d'étayer son grief.

5.3 Le tribunal ne saurait donc retenir, sur le vu de ce qui précède, que l'autorité inférieure aurait violé son devoir d'adopter une attitude neutre et objective. Le grief doit ainsi également être rejeté.

6.

Pour le reste, la décision entreprise ne procède pas davantage d'une violation du principe de la proportionnalité ni ne s'avère contraire à l'intérêt public. La recourante ne soulève d'ailleurs aucun grief en ce sens.

7.

En définitive, il y a lieu d'admettre que l'attribution de la concession d'affichage litigieuse à l'intimée ne consacre pas une violation de l'art. 5 al. 2 Cst. Mal fondé, le recours doit dès lors être rejeté.

8.

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (cf. art. 2 al. 1 et 4 FITAF).

En l'espèce, il y a lieu de fixer les frais de procédure à 10'000 francs et de les mettre à la charge de la recourante. Ceux-ci sont compensés par l'avance de frais, du même montant, acquittée par la recourante le 2 décembre 2020.

9.

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA en relation

avec art. 7 al. 1 FITAF). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier l'indemnité du mandataire professionnel n'exerçant pas la profession d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF). Ils sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des mandataires professionnels n'exerçant pas la profession d'avocat est de 100 francs au moins et de 300 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations ; à défaut, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF).

En l'espèce, l'intimée, qui obtient gain de cause et qui est représentée par un mandataire professionnel n'exerçant pas la profession d'avocat, dûment légitimé par procuration, a droit à des dépens. Faute de décompte de prestations remis par celui-ci, il convient, eu égard aux écritures déposées devant la CDAP et le tribunal de céans, de lui allouer, *ex aequo et bono*, une indemnité de 1'500 francs et de mettre celle-ci à la charge de la recourante à titre de dépens (art. 64 al. 2 PA).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 10'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ils sont compensés par l'avance de frais, du même montant, déjà perçue.

3.

Une indemnité de 1'500 francs est allouée à l'intimée à titre de dépens et mise à la charge de la recourante.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'intimée (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (acte judiciaire)

Le président du collège :

La greffière :

Pascal Richard

Muriel Tissot

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 24 septembre 2021