

JU_GERICHTE ADM 2011 50 vom 23. August 2012

JU Tribunal cantonal, 2012-08-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ju_gerichte_ADM_2011_50

FR: JU_GERICHTE ADM 2011 50 du 23 août 2012

IT: JU_GERICHTE ADM 2011 50 del 23 agosto 2012

Regeste

Effet suspensif. Marché public A16 | marchés publics

Erwägungen

E. 2

administrative le 25 avril 2011, requérant notamment l'octroi de l'effet suspensif à ses recours et qu'une enquête visant à déterminer le degré de distorsion de la concurrence soit ordonnée. Invité à préciser ses conclusions, il a conclu le 9 mai 2011 à ce que le caractère illicite des décisions d'adjudication soit constaté et que les travaux faisant l'objet de la procédure lui soient adjugés. En substance, dans son argumentation parfois difficilement compréhensible, le recourant prétend qu'un cartel vertical et horizontal domine le marché des glissières de sécurité en Suisse qui est bloqué à 80 %. Les entreprises en cause se voient attribuer sans autre des mandats de gré à gré ou sur invitation et réalisent des marges très confortables, si bien que lorsque la procédure est ouverte, soit dans 20 % des cas, elles peuvent sans autre baisser les prix en dessous du prix de revient des matériaux et de la main-d'œuvre, laissant ainsi croire que le seul autre concurrent est trop cher. Cela étant, dans le cas particulier, le recourant, pour faire son offre, a dû tenir compte des prix des glissières mobiles. L'entreprise qui les fabrique fait justement partie de l'Association Suisse des entreprises de glissières de sécurité (VSLU) et il est probable qu'elle a surévalué son offre à dessein, voire qu'elle l'a doublée. Dans ces circonstances, la part de sous-traitance de l'offre du recourant est légèrement supérieure à 40 %, alors que le maître d'ouvrage a fixé un maximum de 20 %. D'autres fabricants sollicités ont répondu qu'ils n'avaient pas le droit d'effectuer une offre pour le recourant, lequel pense que l'importation des glissières de type "M.", tel que requis dans l'appel d'offres, est bloquée par l'appelée en cause. Concernant les délais de réalisation, le recourant est tout à fait conscient qu'il n'était pas en mesure de réaliser simultanément les deux lots. Il est toutefois aussi rapide que ses concurrents et, n'ayant pas accès aux 80 % du marché des glissières de sécurité, il peut mobiliser la majeure partie de son parc de machines et de ses employés, ce qui n'est pas le cas des entreprises membres de la VSLU. S'agissant de la qualité, de la sécurité et de l'environnement, il va de soi qu'une entreprise comme celle du recourant, qui a son siège sur territoire jurassien et utilise de la main-d'œuvre de la région, pollue moins qu'une entreprise qui se déplace tous les jours de 100 à 200 km, au moyen de camions de 34 tonnes et plus. Le maître d'ouvrage s'est ainsi manifestement trompé en attribuant les points relatifs à ce critère. La qualité ne dépend par ailleurs pas d'un sceau SQS en bas d'une page, mais bien au contraire des hommes qui dirigent l'entreprise et de ses travailleurs. On peut en outre se demander si le président du conseil d'administration de Y. SA, qui siège au sein du conseil d'administration de la Banque nationale suisse (BNS), n'a pas l'occasion d'acquérir à bon prix des euros, sachant que 80 % des glissières de sécurité se paient dans cette monnaie. Seules trois

entreprises ont rempli la soumission, dont deux seulement actives dans le marché des glissières de sécurité. Deux entreprises suisses alémaniques se sont du reste désistées. C. Les deux procédures de recours se rapportant aux lots précités ont été jointes par ordonnance du 17 mai 2011. D. Le Gouvernement a conclu au rejet des requêtes à fin d'octroi de l'effet suspensif et des recours le 24 mai 2011, sous suite des frais et dépens. Il relève que le recourant fonde essentiellement son recours sur deux griefs, à savoir d'une part l'attribution des

E. 3

notes concernant les critères d'adjudication "Délai de réalisation des prestations" et "Gestion des aspects liés à la qualité, la sécurité et l'environnement" et, d'autre part, sur un prétendu cartel des entreprises de glissières dont il serait la victime. Or certains documents remis par le recourant manquent ou sont incomplets et ne permettent de ce fait pas de lui attribuer des notes supérieures à celles qu'il a obtenues. Quoi qu'il en soit, même s'il avait obtenu une note maximale pour l'ensemble des autres critères, au niveau du prix, le recourant reste 38 % plus élevé que l'adjudicataire. Quant à l'existence d'un cartel des entreprises de glissières de sécurité, les produits exigés par l'adjudicateur dans l'appel d'offres ont été soigneusement choisis et ne proviennent pas d'entreprises prétendument membres du cartel en question, afin justement d'éviter que les allégués dans ce sens formés par le recourant lors d'autres procédures ne soient invoqués dans la présente procédure. E. Dans sa détermination du 29 juin 2011, l'adjudicataire, l'association YZ., appelée en cause, a également conclu au rejet des requêtes d'effet suspensif et des recours. Elle expose en préambule que l'appel d'offres porte sur la fourniture et le montage de systèmes de retenue de véhicules de type "N" qui est fourni par l'entreprise H. SA à J.. L'appelée en cause relève à cet égard que le prix de vente que cette société a fait au recourant concerne une relation contractuelle privée sur laquelle l'appelée en cause n'a aucune influence. De son côté, l'adjudicataire note que le prix proposé par cette entreprise est comparable au prix de son propre système. Le pouvoir adjudicateur a en outre souhaité que les soumissionnaires indiquent, dans une rubrique non additionnée à l'offre, le prix pour un système de type "O.". Ce système "O." ne fait pas référence à un type précis de système de retenue de véhicule, de sorte que l'appelée en cause a proposé le type "M.". Dans la mesure où les critiques du recourant renvoient essentiellement à ce produit, elles sont sans fondement, puisqu'il s'agit d'une rubrique non additionnée, donc non pertinente pour le prix global de la soumission. Le système "M." est distribué par deux sociétés allemandes, D. et E.. Y. SA est représentante suisse de la première, alors que C. SA à F. est représentante de la seconde. L'appelée en cause relève par ailleurs que Y. SA n'a pas été sollicitée pour présenter une offre au recourant pour la fourniture de glissières de type "M.". Finalement, à côté du système produit par H. et du type "M.", il existe sur le marché un troisième système comparable, soit un système hollandais. S'agissant de la notation des critères, l'appelée en cause relève qu'elle n'a pas, à l'inverse du recourant, violé la règle des 20 % réservés à la sous-traitance, que contrairement aux affirmations du recourant, elle sera en mesure d'effectuer les travaux dans les délais. Le critère "Gestion des aspects liés à la qualité, la sécurité et l'environnement" a été correctement évalué, l'appelée en cause n'entendant pas faire les trajets quotidiennement. Finalement, les remarques relatives à la personne de M. G. sont sans fondement et pertinence aucune. F. Par décision du 11 juillet 2011, le président de la Cour de Céans a rejeté la requête à fin de restitution de l'effet suspensif, considérant que l'intérêt public au maintien du retrait de l'effet suspensif était manifeste.

E. 3.1

Conformément à l'article 11 let. b AIMP, le principe de la concurrence efficace doit être respecté lors de la passation de marchés publics. Seule une concurrence vraiment efficace assure une utilisation économique des fonds publics (RJJ 2005 p. 173 consid. 4.1). Cela étant, le droit suisse n'interdit pas en soi les accords anticoncurrentiels. Ce n'est qu'une fois qu'on a établi l'existence d'une entente qu'on peut déterminer si l'on est en présence d'une situation illicite (Christian BOVET, Les marchés publics face au droit de la concurrence, n. 4, in Zufferey/Stoeckli [édit.], Marchés publics 2010). Les accords en droit de la concurrence sont définis de

E. 3.2

Il sied par ailleurs de rappeler que selon l'article 52 OAMP, dans l'hypothèse où l'adjudicateur reçoit une offre anormalement plus basse que les autres, il doit s'assurer que le soumissionnaire concerné respecte toutes les conditions de l'appel d'offres et qu'il est en mesure de fournir la prestation demandée (al. 1). L'adjudicateur peut requérir toutes les précisions qu'il juge opportunes. Ces précisions portent notamment sur le respect des dispositions concernant la protection des travailleurs et les conditions de travail (al. 2). Une offre comportant des prix anormalement bas qui n'auraient pas été justifiés peut du reste être exclue par l'adjudicateur (art. 51 al 1 let. g OAMP). Il n'y a pas lieu d'exclure une offre pour le seul motif qu'elle est anormalement basse. Ce qui est déterminant, c'est que le soumissionnaire soit en mesure de remplir les conditions de participation et apte à satisfaire aux modalités du marché en question. Si tel n'est pas le cas, le soumissionnaire sera exclu, non en raison du prix très bas mais parce qu'il ne satisfait pas aux critères d'aptitude (ATF 130 I 241 consid. 7.3 ; TF 2P.70/2006 du 23 février 2007 consid. 4.3 et 4.5). En d'autres termes, en cas d'offre anormalement basse, l'adjudicateur est tenu de s'enquérir de la seule capacité du soumissionnaire et non pas de la couverture de ses frais (DUBEY, La pratique judiciaire depuis 2006, in Marchés publics 2008, p.393). La notion d'offre anormalement basse constitue une notion juridique indéterminée, dont la concrétisation est sujette à un large pouvoir d'appréciation de la part de l'autorité adjudicatrice (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2ème éd. 2007, n. 716). Pendant de nombreuses années, la législation tessinoise exigeait ainsi une analyse plus précise lorsque l'écart entre

E. 4

Suite au rejet de la restitution de l'effet suspensif, l'intimé a signé avec l'adjudicataire les deux contrats portant sur les lots n° 2.450.2 et n° 2.451 le 25 juillet 2011. Dans la mesure où les travaux faisant l'objet des deux lots précités ne pouvaient plus être adjugés au recourant, ce dernier a indiqué par lettre du 28 septembre 2011 qu'il modifiait les conclusions de son recours, limitant celles-ci au constat du caractère illicite des décisions d'adjudication. G. En date du 28 novembre 2011, l'appelée en cause a relevé que la société C. SA, qui importait les produits "M." et "P.", avait déposé le bilan le 15 novembre 2011, ce qui démontre qu'aucune entente cartellaire n'existe dans le domaine des glissières de sécurité. H. Dans sa prise de position du 30 novembre 2011, le recourant a réitéré sa demande d'enquête sur les positions dominantes, les liens cartellaires verticaux et horizontaux, ainsi que sur la liberté de marché des produits "M." et "P.". Il a demandé également à ce que la Cour administrative ou la Commission de la concurrence (COMCO) examine si les membres du conseil d'administration de la Banque nationale suisse (BNS) ont des faveurs sur le taux de change de l'euro. Enfin il relève que l'intimé a signé les contrats d'adjudication avant la fin

du délai de recours au Tribunal fédéral, rendant de ce fait son éventuel recours "perdu d'avance". Le 24 janvier 2012, le recourant a précisé qu'il avait demandé à la Commission de la concurrence européenne d'examiner l'approvisionnement de certains types de dispositif de retenue dans les soumissions en Suisse. I. Le 7 février 2012, le président de la Cour de céans a sollicité l'avis de la COMCO au sens de l'article 47 de la loi sur les cartels. La COMCO a répondu par courrier du 20 mars 2012 qu'il ne lui était pas possible, sur la base des informations reçues, d'élaborer un avis définitif sur l'existence d'un éventuel accord illicite ou d'un abus de position dominante dans le marché des glissières de sécurité. Elle ne dispose en outre pas d'indices pour ouvrir une enquête au sens des articles 26ss de la loi sur les cartels. La COMCO a également consulté la loi fédérale sur le marché intérieur pour examiner les éventuelles restrictions à l'accès libre au marché. J. L'appelée en cause s'est déterminée une ultime fois le 2 mai 2012. K. Le recourant s'est prononcé par courrier du 17 mai. Il fait valoir que seul un avis a été demandé à la COMCO et non pas une enquête comme il l'avait requis. Il avait par ailleurs également demandé une enquête afin de déterminer pour quelles raisons les deux contrats concernant les lots n° 2.450.2 et n° 2.451 avaient été signés durant le délai de recours. En droit :

E. 4.1

En l'espèce, rien au dossier ne permet de constater que l'adjudicataire, composée de deux entreprises, ne serait pas en mesure d'exécuter le marché aux conditions offertes. Il s'agit de deux entreprises actives depuis plusieurs années dans le domaine des glissières de sécurité. Le recourant n'allègue au demeurant pas que les offres de l'appelée en cause ne permettraient pas à cette dernière de satisfaire aux modalités du marché, mais relève que l'appelée en cause peut baisser ses prix en procédure ouverte compte tenu du cartel qui existe et qui permet de réaliser des marges très confortables dans le cadre des procédures de gré à gré ou sur invitation. Il est vrai que la différence de prix entre les deux offres est significative. Toutefois, aucun indice ne permet d'établir au degré de la vraisemblance suffisante (en dessous de la vraisemblance confinante à la certitude, mais en dessus de la haute probabilité) qu'une entente cartellaire existe entre des entreprises spécialisées dans le domaine des glissières de sécurité, respectivement entre les membres de l'association suisse des entreprises de glissières de sécurité (VSLU) tel que le laisse entendre le recourant. Le fardeau de la preuve d'une telle entente lui incombe (cf. à ce sujet cf.

GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., n. 325). Or ce dernier n'a produit aucun indice documentaire, tels que des notes, des échanges de courriels, voire des offres, permettant d'établir l'existence d'un éventuel accord entre les entreprises spécialisées dans le domaine des glissières de sécurité. Rien ne permet également d'établir que l'offre de l'appelée en cause différerait considérablement de celles qu'elle aurait auparavant déposées dans des procédures de gré à gré ou sur invitation. Le recourant illustre son argumentation par le fait que l'entreprise A. SA aurait déposé une offre d'entente avec l'appelée en cause dans le seul but de respecter les exigences légales. Outre le fait que cet allégué n'est pas établi, il est totalement irrelevante. En effet, l'article 38 al. 2 litt. a ORN exige le dépôt de trois offres au moins

E. 4.2

Le recourant se plaint ensuite de ce que l'appelée en cause, par le biais d'un accord exclusif, bloque l'importation de produits de type "M.". Selon la jurisprudence, s'il fallait conclure qu'une entreprise au bénéfice d'un accord de distribution exclusif pour la fourniture et la pose d'un produit ne peut à la fois déposer elle-même une offre pour un marché portant sur

ledit produit et simultanément accepter de fournir ce même produit à d'autres soumissionnaires souhaitant participer au marché, la concurrence pour le marché en cause serait considérablement réduite, voire anéantie (cf. décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 16 août 1999, JAAC 64.29 consid. 3). En l'espèce, il ressort du dossier, que seules des entreprises étrangères produisent des glissières de sécurité de type "M.". Le recourant s'est adressé à quelques-unes d'entre elles. Selon les courriers produits par ce dernier (PJ recourant du 17 mai 2012), l'entreprise allemande E. a refusé de contracter avec le recourant et l'a invité à s'adresser à ses partenaires suisses I. SA, B. SA et K. SA. La société allemande L. a invité le recourant à s'adresser à son partenaire suisse, C. SA et la société allemande D. a renvoyé le recourant à son partenaire suisse Y. SA. Il suit de ce qui

E. 4.3

Le grief du recourant relatif à l'existence d'une éventuelle entente cartellaire doit dès lors être rejeté. 5. Le recourant critique par ailleurs la note qu'il a obtenue pour deux critères.

E. 5

1. 1.1 Les travaux litigieux s'inscrivent dans le cadre de la réalisation de l'A16. L'ordonnance sur les routes nationales (ORN) ne pose que quelques règles de procédure pour la passation des marchés publics des routes nationales, notamment un appel d'offres public obligatoire pour les marchés de construction d'une valeur égale ou supérieure à 2 millions de francs (art. 38 al. 1 litt. a ORN) et la possibilité d'adjuger sur invitation, à condition que le nombre des offres, notamment pour les marchés de construction d'une valeur égale ou supérieure à 500 000 francs, soit au moins de trois (art. 38 al. 2 litt. a ORN). Au surplus, le droit cantonal est applicable (art. 39 ORN). La loi jurassienne sur les marchés publics (ci-après : LMP) prévoit que les décisions de l'adjudicateur sont sujettes à recours dans les 10 jours auprès de la Cour administrative du Tribunal cantonal (art. 25 al. 1 LMP). La Cour de céans est dès lors compétente pour statuer sur le présent recours. 1.2 En tant que soumissionnaire évincé et, bien que les contrats aient déjà été conclus, le recourant conserve un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication pour en faire constater l'illicéité, son recours étant à même d'ouvrir ses droits à une indemnisation (art. 65 al. 2 et 66 OAMP ; ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 ; 125 II 86, consid. 5 b). Il dispose donc de la qualité pour recourir. 1.3 Le recours a été déposé dans les formes et délai légaux. 1.4 Toutes les conditions de recevabilité étant remplies, il y a lieu d'entrer en matière sur le recours. 2. Il convient de relever que, par ordonnance du juge instructeur du 10 avril 2012, le recourant a été invité à faire valoir ses remarques finales jusqu'au 2 mai 2012. Il n'a posté sa détermination que le 18 mai 2012, soit tardivement. Comme ses remarques ne contiennent aucun moyen décisif, il n'y a pas lieu de les prendre en considération (cf. art. 75 al. 2 Cpa), le recourant n'expliquant pour le surplus pas pour quels motifs il aurait été empêché d'agir dans le délai qui lui a été imparti. 3. Le recourant se plaint principalement de concurrence déloyale, prétendant, d'une part, que l'appelée en cause bloque l'importation des produits "M." et, d'autre part, que celle-ci peut baisser ses prix en procédure ouverte compte tenu du cartel qui existe et qui permet à ses membres de réaliser des marges très confortables dans les procédures de gré à gré et sur invitation.

E. 5.1

Il convient de rappeler à cet égard que selon la jurisprudence, la notion d'offre la plus avantageuse économiquement est une notion juridique imprécise et que l'autorité de recours

doit faire preuve de retenue sur l'interprétation donnée à une telle notion. Elle doit laisser au pouvoir adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus grande que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques et que l'autorité intimée a confié l'analyse des offres à un bureau spécialisé. Par ailleurs, lorsqu'un recours met en cause une décision qui a pour objet l'interprétation et l'application de la notion d'offre la plus avantageuse économiquement, il ne suffit pas, pour que le recours soit fondé, que l'un ou l'autre des critères pris isolément ait été mal interprété ou mal appliqué. Il faut encore que le résultat, considéré dans son ensemble, soit en contradiction avec le sens de la norme ou constitue un usage abusif ou excessif du pouvoir d'appréciation (cf. RJJ 2007 p. 300 consid. 7.1 et les références).

E. 5.2

En l'espèce, le Gouvernement a confié une large partie de la procédure à un bureau spécialisé. L'évaluation des offres a en outre été effectuée par un comité d'évaluation des offres (CEO) constitué de professionnels des chantiers autoroutiers. La Cour administrative doit ainsi faire preuve de retenue lors de l'examen des notes attribuées aux différents soumissionnaires.

E. 5.2.1

S'agissant du critère d'adjudication no 2 "Délai de réalisation des prestations", à propos duquel le recourant critique la note 2 qui lui a été attribuée, il y a lieu de relever que les soumissionnaires devaient fournir, dans les annexes à leurs offres, un programme détaillé des travaux avec indication des phases des travaux et personnel

E. 5.2.2

En ce qui concerne le reproche formulé par le recourant au sujet de la note 1 qui lui a été octroyée pour le critère d'adjudication no 3 "Gestion de la qualité, de la sécurité et de l'environnement", on peut renvoyer dans une large mesure à la détermination du Gouvernement. Il y a lieu de relever tout particulièrement d'une part qu'il ressort clairement du dossier que les documents fournis par le recourant à ce sujet n'étaient pas en adéquation avec le projet et que d'autre part son entreprise ne bénéficie pas de la certification ISO. La note 1 attribuée au recourant pour ce critère n'apparaît dès lors pas arbitraire.

E. 5.3

Il apparaît ainsi que les griefs du recourant relatifs aux notes qui lui ont été attribuées pour certains critères n'apparaissent pas fondées, étant rappelé que l'autorité adjudicatrice dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'attribution des notes (cf. consid. 5.1 ci-dessus). Par ailleurs, dans la mesure où le poids du critère prix est de 70 % par rapport aux autres critères et compte tenu de l'écart important de prix entre les offres du recourant et celles de l'appelée en cause, une notation différente de ces autres critères n'aurait pas pour effet de modifier le rang du recourant. En effet, avec une notation maximale, soit l'attribution de la note 4 à chacun des critères "avantages", le recourant obtiendrait pour le lot n° 2.451 un total de 80 points, lequel, additionné aux 110 points du critère "prix", aboutirait à un total de 190 points, soit toujours moins que le total de points obtenus par l'appelée en cause qui est de 248 points. L'écart est encore plus conséquent concernant le lot n° 2.450.2. Sur la base d'une appréciation de l'ensemble des critères définis dans le dossier de soumission, l'intimé a ainsi bel et bien adjugé le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse selon l'article 54 OAMP, laquelle s'avère en l'espèce être aussi l'offre la meilleure marché. 6. Quant aux remarques du recourant portant sur la possibilité pour l'appelée en cause, d'acheter des euros

à un taux favorable au vu de sa position de membre du Conseil de banque de la BNS, elles relèvent davantage du procès d'intention que d'un motif d'admission du recours, d'autant plus que M. G. n'est pas membre dudit conseil, comme cela a déjà été relevé dans la décision se rapportant à l'effet suspensif.

7. Finalement, il y a lieu de relever que la décision du 11 juillet 2011 du président de la Cour de céans rejetant la requête tendant à l'octroi de l'effet suspensif était exécutoire dès son prononcé (cf. art. 103 LTF) ; au demeurant le recourant n'a pas attaqué ladite décision auprès du Tribunal fédéral. L'intimé était ainsi légitimée à conclure les contrats litigieux avec l'appelée en cause le 25 juillet 2011.

E. 6

manière large, comme cela découle de l'article 4 al. 1 LCart. Le concept de "pratique concertée" est ainsi compris dans cette définition. L'accord doit cependant viser ou entraîner une restriction de la concurrence ; le simple fait que les parties se sont entendues pour atteindre cet objectif est suffisant (BOVET, op. cit., n. 7). L'accord sur les prix constitue le comportement le plus évident, mais certaines entreprises peuvent aussi décider de renoncer à présenter des offres pour telle adjudication, à charge pour les autres soumissionnaires de faire de même lors d'un autre appel d'offres (pratique du "tournus" ; BOVET, op. cit., n. 9). Il n'appartient cependant pas à l'autorité adjudicatrice d'assurer une concurrence efficace ; une telle tâche revient au contraire aux autorités du droit de la concurrence. Il n'en demeure pas moins que le cas échéant, l'adjudicateur, qui doit entre autres assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et assurer l'impartialité de l'adjudication (cf. art. 1er al. 3 let. a et b AIMP), dispose de certains moyens pouvant aller de l'interruption de la procédure d'adjudication à la révocation de l'adjudication qui a déjà eu lieu (BOVET, op. cit., n. 33). Il n'est toutefois pas évident de prouver des ententes entre soumissionnaires (RJJ 2005 p. 173 consid. 5.2). Le degré de la preuve se situe en dessous de la vraisemblance confinant à la certitude, mais en dessus de la haute probabilité (BOVET, op. cit., n. 14). On peut ainsi se contenter d'indices (RJJ 2005 p. 173 consid. 5.2). Il n'apparaît toutefois que rarement possible de réunir les preuves nécessaires dans le cadre d'une procédure pendante de marchés publics, si bien que l'exclusion d'un soumissionnaire pour des motifs cartellaires est pratiquement exclue. Demeure bien entendu la possibilité de dénoncer le cas à la Commission de la concurrence (Hubert STÖCKLI, in BR/DC 2003 p. 155, remarque 2 ad S47).

E. 7

l'offre la meilleure marché et la suivante était de 15 % (RJN 2008 p. 287 consid. 4a et la référence) ; la réglementation en vigueur depuis le 12 septembre 2006 ne prévoit toutefois plus à partir de quel écart il se justifie de requérir des explications du soumissionnaire concerné (cf. art. 47 al. 2 RLCPubb ; RSTI 7.1.4.1.6). Une offre qui ne permet pas de bénéficier n'est pas nécessairement déloyale et illicite. Le soumissionnaire peut avoir plusieurs raisons d'agir ainsi, notamment parce qu'il est en surcapacité, qu'il veut simplement couvrir ses frais fixes ou encore conserver des emplois (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., n. 724). Il est toutefois également possible que l'offre soit anormalement basse pour des motifs ressortissant du droit cartellaire, respectivement de concurrence déloyale. Une telle offre est illicite et doit être exclue (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., n. 725-726). 4. Dans un premier temps, il sied de

mentionner, pour le lot 2.450.2, l'écart de prix extrêmement important entre l'offre de l'appelée en cause et celle du recourant, qui est de 38 %. L'offre du troisième soumissionnaire, A. SA, est 48.2 % plus chère que celle de l'appelée en cause. Pour le lot 2.451, l'écart entre l'offre de l'appelée en cause et celle du recourant est de 19.6 %, l'offre de A. SA étant supérieure de 48.7 % par rapport à celle de l'appelée en cause. La différence entre la première et la deuxième offre, en particulier pour le lot 2.450.2, est ainsi significative.

E. 8

uniquement dans le cadre des procédures sur invitation. Une telle exigence ne s'applique pas aux procédures ouvertes comme c'est le cas en l'espèce. De plus, A. SA ne fait pas partie des membres de VSLU (cf. PJ 6 de l'appelée en cause). La COMCO, invitée à se prononcer, a également indiqué qu'elle était, en l'état, dans l'impossibilité de rendre un avis définitif sur l'existence d'un éventuel accord illicite ou d'un abus de position dominante, tout en précisant qu'elle ne disposait en outre pas d'indices suffisants pour ouvrir une enquête au sens des articles 26ss LCart. Il s'ensuit que d'autres investigations seraient indubitablement nécessaires pour une éventuelle constatation de pratiques illicites au sens de la LCart. Il n'appartient cependant pas à la Cour de céans de procéder à de telles investigations (cf. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., n. 325). Il découle par ailleurs des pièces produites par le recourant que l'entreprise H. SA lui a fait une offre pour un prix unitaire de 3'846 francs, TVA non comprise, pour les glissières de 80 ml (postes 511.101 des lots 2.450.2 et 2.451) et de 3'517 francs, TVA non comprise, pour la glissière de 120 ml (poste 511.103 du lot 2.450.2). Or, cette même offre a été envoyée à tous les soumissionnaires (cf. PJ 8 du recourant du 6 mai 2011). Par ailleurs, s'agissant du lot 2.450.2, les postes 511.101 et 511.103 représentent, pour l'offre du recourant, un montant de 874'400 francs alors que le montant total de son offre s'élève à 2'090'830.85 francs et celle de l'appelée en cause à 1'512'730.75 francs. Pour le lot 2.451, le poste 511.101 représente, pour l'offre du recourant, un montant de 336'000 francs alors que le montant total de son offre s'élève à 945'041.10 francs et celle de l'appelée en cause à 790'050.65 francs. La différence importante concernant le montant total de chacune des deux offres du recourant et de l'appelée en cause ne saurait être principalement due à la fourniture des systèmes mobiles de retenue de type "N." exigés aux postes 501.101 et 501.103 qui fait l'objet des griefs du recourant.

E. 9

précède que cinq entreprises en Suisse fournissent, par le biais des entreprises étrangères précitées, le produit "M.". Ces cinq entreprises suisses pouvaient déposer une offre conforme aux exigences de l'appel d'offres, de sorte qu'il n'apparaît pas que la mise en concurrence effective soit considérablement réduite par d'éventuels accords de distribution tels qu'allégués par le recourant. A cela s'ajoute le fait que le recourant, et d'autres éventuels soumissionnaires suisses, pouvaient demander une offre aux entreprises suisses précitées bénéficiant d'un accord de distribution. Le recourant allègue à cet égard avoir été évincé par l'entreprise C. SA qui lui aurait répondu tardivement et Y. SA qui ne lui aurait tout simplement pas répondu. Ces allégués du recourant ne sont toutefois pas suffisants pour conclure qu'il ne lui était pas possible de s'approvisionner en Suisse s'agissant du produit "M.". En tous les cas, la fourniture du produit "M." ne constituait qu'une alternative non additionnée à l'offre puisque le montant relatif à ce produit figurait entre parenthèses dans le devis descriptif établi par l'intimé et rempli par le recourant et l'appelée en cause. Dès lors, ce critère n'a eu aucune influence sur la notation du recourant, respectivement sur

l'attribution du marché à l'appelée en cause.

E. 10

y relatif (cf. ch. 6.1 des directives administratives). La note 3 pouvait être octroyée si de tels éléments étaient fournis (cf. annexe 4 à la proposition d'adjudication). Comme les offres du recourant ne contiennent pas de tels documents, il s'ensuit que ce n'est pas de manière arbitraire que la note 2 lui a été attribuée.

E. 11

8. Il suit de ce qui précède qu'aucun des griefs du recourant n'est admis. Le recours doit ainsi être rejeté. 9. Le recourant qui succombe doit prendre à sa charge les frais de la procédure (art. 219 al. 1 Cpa). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens au recourant qui succombe, ni à l'intimé, qui n'a pas recouru à un mandataire professionnel (art. 230 al. 1 Cpa). L'appelée en cause a droit à la prise en charge de ses dépens par le recourant qui succombe (art. 227 al. 1 Cpa).

E. 12

PAR CES MOTIFS LA COUR ADMINISTRATIVE rejette le recours ; met les frais de la procédure par Fr 5'000.- à la charge du recourant, à prélever sur les avances effectués par ce dernier ; alloue à l'appelée en cause une indemnité de dépens de Fr 7'857.-, débours et TVA compris, à verser par le recourant ; informe les parties des voies et délai de recours selon avis ci-après ; ordonne la notification du présent arrêt : ■ au recourant ; ■ à l'intimé, le Gouvernement de la République et Canton du Jura, Hôtel du Gouvernement, 2800 Delémont ; ■ à l'appelée en cause, par son mandataire, Me Jean-Michel Brahier, avocat à Fribourg. Porrentruy, le 23 août 2012 AU NOM DE LA COUR ADMINISTRATIVE Le président : La greffière : Pierre Broglin Nathalie Brahier Communication concernant les moyens de recours : Le présent arrêt peut faire l'objet, dans les trente jours suivant sa notification, d'un recours au Tribunal fédéral. Le recours en matière de droit public s'exerce aux conditions des articles 82 ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF - RS 173.110), le recours constitutionnel subsidiaire aux conditions des articles 113 ss LTF. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14; il doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit. Si le recours n'est recevable que s'il soulève une question juridique de principe, il faut exposer en quoi l'affaire remplit cette condition. Les pièces invoquées comme moyens de preuve doivent être jointes au mémoire, pour autant qu'elles soient en mains de la partie; il en va de même de la décision attaquée.

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