

JU_GERICHTE ADM 2019 81 vom 13. September 2019

JU Tribunal cantonal, 2019-09-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ju_gerichte_ADM_2019_81

FR: JU_GERICHTE ADM 2019 81 du 13 septembre 2019

IT: JU_GERICHTE ADM 2019 81 del 13 settembre 2019

Regeste

Patinoire de Porrentruy : refus de restituer l'effet suspensif à un recours contre l'adjudication de la charpente. | effet suspensif

Erwägungen

E. 2

B. Par décision d'adjudication du 12 juillet 2019, l'intimé a attribué le marché (CFC 213.4 construction en bois) au Consortium B. _____ SA-C. _____ SA à U. _____ (ci-après : l'appelé en cause) pour un montant net de CHF 1'629'099.50. L'adjudicataire a obtenu 430 points. C. La décision d'adjudication a été publiée dans le Journal officiel du 24 juillet 2019. D. Par mémoire du 5 août 2019, A. _____ (ci-après : la recourante) a recouru contre cette décision auprès de la Cour administrative. Elle conclut à titre de mesures superprovisionnelles et provisionnelles à la restitution de l'effet suspensif au recours, à l'interdiction de conclure un contrat d'entreprise jusqu'à droit connu sur la requête de mesures provisoires, puis sur le recours au fond, à ce que l'ordre soit donné à l'intimé de remettre à la recourante l'entier du dossier en sa possession, sur le fond à l'annulation de la décision d'adjudication et à l'adjudication du marché à A. _____ pour le montant de son offre, subsidiairement au renvoi de la cause à l'intimé, la procédure devant recommencer depuis le stade de la publication de l'appel d'offres, le tout sous suite de frais et dépens. Elle fait notamment valoir que le descriptif technique de la soumission favorise un soumissionnaire, que l'adjudicataire a eu un comportement déloyal qui a eu pour effet de favoriser un soumissionnaire et que l'adjudicataire n'a pas eu un comportement impartial. Elle allègue en outre une violation de son droit d'être entendu, ainsi qu'une violation de la procédure de soumission. E. Par ordonnance du 6 août 2019 dans laquelle l'adjudicataire est appelé en cause, le président a.h. de la Cour de céans a suspendu la procédure d'adjudication et fait interdiction de conclure le contrat avec l'adjudicataire. F. Prenant position le 28 août 2019, l'appelé en cause a conclu au rejet de toutes les conclusions de la recourante, sous suite des frais et dépens. Il fait valoir que la procédure de recours introduite par la recourante est purement chicanière dans la mesure où la recourante a tenté d'obtenir la sous-traitance d'une partie des travaux adjugés. La recourante n'a obtenu que 297.5 points, ce qui représente une différence de plus de 25 % par rapport à l'adjudicataire. Les frais de transports n'expliquent pas à eux seuls la différence de prix. S'agissant de l'effet suspensif, il relève qu'il existe un intérêt économique prépondérant pour la région. Pour le surplus, il conteste les différents griefs du recours. G. Dans sa détermination du 29 août 2019, l'intimé a conclu à la levée des mesures provisionnelles entraînant la suspension de la procédure d'adjudication, au refus de la restitution de l'effet suspensif au recours et à la condamnation de la recourante de tous les frais et dépens de la procédure. S'agissant de l'effet suspensif, il fait valoir que la

recourante utilise la procédure de recours comme moyen de pression pour tenter d'obtenir la sous-traitance d'une partie des travaux. Il estime qu'il existe des intérêts publics et privés prépondérants à ce que le contrat puisse être conclu rapidement dans la mesure où il s'agit d'une installation sportive d'importance

E. 3

nationale et que la rénovation est attendue par de nombreux clubs, ainsi que la filière Sports-Arts-Etudes (SAE). Le calendrier de réalisation de la rénovation est également très serré et il est primordial que la nouvelle patinoire puisse être mise en service au 1er octobre 2020. Sur le fond, l'intimé conteste également tous les griefs soulevés par la recourante. En droit : 1. La compétence de la présidente de la Cour de céans pour connaître de la requête à fin de restitution de l'effet suspensif découle des articles 25 al. 1 de la loi concernant les marchés publics (LMP ; RSJU 174.1) et 64 al. 2 de l'ordonnance concernant l'adjudication des marchés publics (OAMP ; RSJU 174.11). La décision d'adjudication est sujette à recours dans les 10 jours à compter de sa notification (art. 25 al. 2 LMP, 62 al. 1 OAMP et 15 al. 2 AIMP). Aucune disposition légale ne prévoit ou impose la publication de la décision d'adjudication dans le journal officiel dans le cadre des marchés publics jurassiens. En l'occurrence, le recours daté du 5 août 2019 a été déposé 10 jours après la publication du 24 juillet 2019 du Journal officiel, alors que la décision d'adjudication est datée du 12 juillet 2019. La question du respect du délai légal prévu à la disposition précitée peut toutefois rester ouverte au vu des considérants qui suivent. 2. Aux termes de l'article 25 al. 3 LMP, le recours n'a pas d'effet suspensif ; l'effet suspensif au recours peut être accordé d'office ou sur demande, lorsque ce dernier paraît suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (cf. également art. 17 al. 2 AIMP et 64 al. 2 OAMP). Pour déterminer si l'effet suspensif doit être accordé en matière de marchés publics, il convient dans un premier temps d'apprécier l'apparence de recevabilité et de bien-fondé du recours. Si le recours apparaît manifestement irrecevable ou mal fondé, la demande d'effet suspensif est d'emblée vouée à l'échec. Une pondération des intérêts en présence ne s'avère dans ce cas-là pas nécessaire. En revanche, si la recevabilité du recours apparaît prima facie vraisemblable et que le recours ne paraît pas d'emblée dénué de chances de succès, une pesée des intérêts en présence doit être effectuée. Les chances de succès sont alors examinées plus précisément et prises en compte dans le cadre de la pesée des intérêts. Celle-ci s'effectue en fonction des intérêts du recourant, de l'intérêt public invoqué par le pouvoir adjudicateur, dont l'intérêt à ce que l'offre retenue soit effectivement la plus économiquement avantageuse, ainsi que d'autres intérêts publics éventuels, notamment celui à une correcte application du droit, l'urgence à l'exécution du contrat, ainsi que des intérêts privés de tiers intéressés. Il faut par ailleurs veiller à ne pas rendre illusoire la garantie d'une protection juridique efficace. Plus les travaux ont un caractère urgent, plus les chances de succès doivent être élevées pour que l'effet suspensif soit accordé. L'urgence peut résulter de plusieurs éléments, notamment du fait qu'un report des travaux engendrerait des surcoûts. La nature et la gravité des griefs invoqués jouent également un rôle. Ainsi, quand bien même la réalisation du

E. 4

La recourante se plaint dans un premier grief d'une violation de son droit d'être entendue faisant valoir qu'elle n'avait pas eu accès à l'intégralité du dossier de la procédure devant l'intimé, ce qui l'empêchait de motiver son recours.

E. 4.1

Le droit d'être entendu déduit de l'article 29 al. 2 Cst. impose notamment à l'autorité de motiver ses décisions, afin que le justiciable puisse les comprendre et exercer son droit 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. Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, peuvent être tenus pour pertinents (ATF 138 IV 81 consid. 2.2 ; TF 8D_2/2016 du 6 décembre 2016 consid. 3.1.2). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; TF 2D_42/2016 du 3 octobre 2017 consid. 3.1).

E. 4.2

Selon l'article 24 al. 2 LMP, les actes destinés à un soumissionnaire particulier sont brièvement motivés. La motivation doit permettre au destinataire de la décision d'évaluer la portée et le bien-fondé de la décision prise par l'adjudicateur et, éventuellement, de faire recours avec une connaissance suffisante des circonstances qui ont guidé le choix de l'adjudicateur. La remise du tableau d'évaluation satisfait à l'exigence légale de motivation de la décision. Une motivation insuffisante représente une violation du droit d'être entendu. Toutefois, selon la jurisprudence, ce vice de procédure peut être réparé lorsque la motivation figure dans la réponse au recours, voire lors des débats lorsqu'il en est ordonné, si le recourant dispose de la possibilité de prendre ensuite position à son sujet (RJJ 2013 p. 92 consid. 4.1 et les références ; ADM 147/2018 du 4 juillet 2019 consid. 3.2).

E. 4.3

L'article 49 OAMP (RSJU 174.11) stipule que les documents fournis par les soumissionnaires, en particulier les secrets d'affaires et de fabrication, sont traités de façon confidentielle (al. 1). L'adjudicateur ne peut faire usage ou transmettre ces documents à un tiers qu'avec l'accord des soumissionnaires concernés (al. 2).

E. 4.4

Au cas d'espèce, ce grief doit être rejeté. La décision du 12 juillet 2019 qui a été notifiée à la recourante respecte les dispositions légales en la matière (cf. art. 13 let. h AIMP, 24 al. 1 let. a LMP et 58 OAMP). Elle comporte en effet une brève motivation, le nombre de points obtenus par l'adjudicataire et la recourante, ainsi que la position de la recourante. Lors d'une séance du 25 juillet 2019, la recourante a en outre obtenu des informations sur l'évaluation de son offre, les différences sur le prix avec l'offre de l'appelé en cause ainsi que sur le déroulement de l'évaluation des offres. Il ressort en outre qu'à cette occasion, elle a eu obtenu différents documents notamment la proposition d'adjudication qui comprend une brève motivation de l'évaluation des critères des deux soumissionnaires. Compte tenu de l'article 49 OAMP, c'est à juste titre que l'intimé lui a refusé l'accès à certaines pièces du dossier, faute d'autorisation des soumissionnaires concernés. Il faut en outre relever que la recourante a pu, sur la base de la décision attaquée et de la motivation complémentaire, déposer un recours complet comprenant 14 pages en faisant valoir son argumentation. A titre de mesure provisionnelle, elle a certes demandé à consulter l'intégralité du dossier de l'intimé, donc y compris l'offre de l'appelé en cause, qui s'oppose par ailleurs à la consultation de son offre. Elle n'a toutefois pas demandé à pouvoir compléter son recours

(art. 129 Cpa), de telle sorte qu'il peut être statué sur l'effet suspensif sans qu'il soit nécessaire de statuer sur la demande de consultation du dossier, dès lors que de nouveaux griefs ne sauraient être en principe être admis dans le cadre de la procédure au fond. Il n'existe ainsi aucune circonstance susceptible de laisser penser qu'une violation de du droit d'être entendu de la recourante en raison d'une motivation insuffisante de la décision attaquée a été commise, de telle sorte que ce grief devrait très vraisemblablement être rejeté.

E. 5

La recourante estime ensuite qu'un des soumissionnaires a été avantagé par le descriptif technique de la soumission qui précisait à la position 464.101 (poutre triangulée) : « assemblage tiges filetées collées selon système GSA, Ferwood ou équivalent ». Elle relève que le système Ferwood est un système breveté dont l'entreprise D. _____ SA, entreprise reprise par C. _____ SA, est le titulaire du brevet. Cela pénalise de facto A. _____ face à la concurrence, car C. _____ SA fixe les prix à ses concurrents pour l'utilisation du système breveté. En outre, chaque entreprise ayant le souhait de faire une offre devait s'adresser au titulaire du brevet afin de connaître les prix offerts. Ce dernier connaissait ainsi exactement le nombre et l'identité de ses concurrents soumissionnaires et pouvait donc en informer B. _____ SA. La recourante se plaint également que le bois fourni par le maître de l'ouvrage soit non taillé.

E. 5.1

Le chiffre 464.101 précité fait partie de la soumission no 21400 qui elle-même fait partie des documents d'appel d'offre qui étaient disponibles du www.simap.ch du 16 au 31 mai 2019 (ch. 3.12 de l'appel d'offre ; JOJ du 15.05.2019 p. 397). Or, les

E. 5.2

Au cas particulier, contrairement à ce que soutient la recourante, le libellé même de l'appel d'offres respecte les conditions légales dans la mesure où il se réfère à plusieurs procédés admissibles, à savoir GSA et Ferwood, mais précise également « ou équivalent ». Il ressort à l'évidence de la manière dont l'appel d'offre est libellé que d'autres procédés que le système Ferwood sont admissibles, de telle sorte que sur ce point, le recours devrait vraisemblablement être rejeté, une concurrence suffisante subsistant. La recourante en était d'ailleurs parfaitement consciente avant le dépôt de son recours dans la mesure où elle a déclaré lors de la séance du 25 juillet 2019 qu'elle avait également contacté une autre entreprise E. _____. En outre, les allégués de la recourante sur le fait qu'aucun autre prestataire n'a voulu répondre à la demande de la recourante pour l'assemblage de tiges selon les systèmes GSA ou Ferwood en raison de la complexité du projet ne sont étayés par aucune pièce au dossier, ni aucun moyen de preuve concret. Un tel allégué n'apparaît ainsi pas suffisant pour rendre à tout le moins vraisemblable un éventuel avantage illicite de l'appelé en cause en raison de la complexité du projet, d'autant plus que, comme le relève l'intimé, le prestataire du système GSA a réalisé en 2018 la nouvelle patinoire d'entraînement de Davos. 6. La recourante se plaint ensuite d'un comportement déloyal de l'adjudicataire dans la mesure où elle ignorait que l'une de ses concurrentes allait s'associer en consortium avec C. _____ SA. Elle précise qu'elle n'a reçu que la veille du dépôt des offres les prix pour les fermes, l'assemblage et le taillage du bois ; le jour même elle a relancé C. _____ SA afin d'obtenir le prix pour les poteaux et les sommiers avec ferrures, c'est-à-dire le système Ferwood. Elle s'est plainte auprès de l'adjudicataire le lendemain du dépôt de l'offre.

E. 6

documents d'appel d'offres constituent des décisions sujettes à recours (art. 61 let. b OAMP) dans les 10 jours à compter du lendemain de la publication de l'appel d'offres, de la réception des documents d'appel d'offres ou de la notification d'une autre décision (art. 62 al. 1 OAMP). Lorsque le sens et la portée des éléments d'un appel d'offres apparaissent d'emblée suffisamment clairement pour que le soumissionnaire puisse en reconnaître l'illicéité, il doit attaquer immédiatement l'appel d'offre et ne peut plus le faire ultérieurement (RJJ 2010 p.131 consid. 5.2 ; ADM 69/2017 du 20 octobre 2017 consid. 3.3). Tel semble à première vue être le cas en l'espèce dans la mesure où la recourante est une entreprise professionnelle dans la construction, ayant pour but l'exploitation d'une entreprise de constructions industrielles, agricoles et sportives selon l'extrait du registre du commerce de la société et les références produites par l'intéressée avec sa soumission. Le grief dont elle entend se prévaloir était reconnaissable à la lecture des documents de soumission, le procédé contesté étant mentionné de manière expresse. Il est ainsi vraisemblable que la recourante était donc à même de reconnaître une éventuelle illicéité de l'appel d'offres une fois le dossier de soumission téléchargé sur le site précité, soit au plus tard dès le 1er juin 2019, de telle sorte que son recours sur ce point devrait vraisemblablement être déclaré tardif, donc irrecevable. Il en va de même pour le fait que le bois soit non taillé, dans la mesure où cela ressort parfaitement des documents d'appel d'offres. Il faut en outre relever que même si la recourante pouvait faire valoir ces griefs dans la procédure au fond, ils devraient vraisemblablement être rejetés. En effet, si l'adjudicateur exige, dans les documents d'appel d'offres, des spécifications techniques, il veille à ce qu'elles décrivent les propriétés d'emploi du produit plutôt que sa conception et qu'elles soient définies sur la base de normes internationales et, en leur absence, des normes techniques appliquées en Suisse (art. 29 al. 1 OAMP). Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines ou de producteurs de produits ou de services déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que "ou l'équivalent" figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres (art. 29 al. 2 OAMP). Il est ainsi généralement admis que l'adjudicateur est autorisé à décrire les prestations demandées par le recours à des spécifications techniques. De telles spécifications visent à définir les caractéristiques requises des produits ou des services recherchés. (...) Les spécifications ne devraient pas se référer à des marques, des brevets ou des modèles particuliers, sauf – et de manière restrictive – s'il s'agit d'une manière expédiente de décrire les conditions du marché et pour autant que les produits équivalents soient eux aussi admis (POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, no 285, p. 176 s). En outre, la juridiction de recours ne saurait se substituer à celle du pouvoir adjudicateur ; seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné (TAF B-4071/2014 du 24 octobre 2014 consid. 7.3.1 et réf. cit.). Cela vaut également pour les spécifications techniques (TAF B-4958/2013 précité consid. 2.5.3 et réf. cit.). La détermination des conditions pour soumissionner et des critères de qualification doit ainsi tenir compte des effets sur la concurrence entre soumissionnaires, de sorte qu'il demeure une

E. 6.1

Il ressort des écrits des parties et des pièces produites que la recourante a demandé oralement à C._____ SA de lui fournir une offre pour le système Ferwood. La

recourante n'en précise pas la date alors que l'appelé en cause relève que l'offre lui a été demandée oralement le 20 juin 2019. Il ressort en outre des pièces produites que l'intimé lui a remis une offre le 24 juin 2019 pour la fourniture de fermes triangulées en BLC taillées, prêtes à poser, y compris ferrures pour CHF 294'397.95 TTC, mais ne lui a pas remis d'offre pour « l'ensemble des poteaux et des sommiers avec les ferrures » selon courriel de la recourante. L'adjudicataire précise par ailleurs que les « poteaux et les sommiers » ne concernent pas le système Ferwood.

E. 6.2

Il ressort de ces éléments que la position de la recourante n'apparaît pas susceptible de conduire à l'admission du recours. C. _____ SA a en effet donné suite à la demande d'offre de la recourante sur les éléments concernant le système Ferwood, à tout le moins en partie, et les prix indiqués dans l'offre du 24 juin 2019 correspondent ou sont très proches de ceux pratiqués par l'appelé en cause dans son offre, étant précisé que les prix offerts par la recourante pour la charpente sont plus bas que ceux de l'appelé en cause. Or les positions précitées sont les seules du dossier d'appel

E. 6.3

Il ressort de ce qui précède que la recourante ne saurait ainsi pas se prévaloir d'un éventuel comportement déloyal de l'adjudicataire et que son recours devra vraisemblablement également être rejeté sur ce point. 7. La recourante estime encore que le soumissionnaire C. _____ SA a été avantagé dans la mesure où c'est cette dernière qui a été chargée de préparer le bois avant taillage. Elle relève que, sur 272 m³ de bois, 220 m³ se trouvaient déjà à V. _____ chez C. _____ SA. Pour la recourante, il fallait payer le taillage des éléments en bois, puis leur transport jusqu'au chantier. Pour l'adjudicataire, le taillage se faisait sur place et la question du procédé à utiliser ne se posait pas puisque le brevet Ferwood était préconisé.

E. 7

concurrence résiduelle suffisante (TAF B-1823 du 10 mai 2017 consid. 5.1 ; ATAF 2010/58 consid. 6.3 ; POLTIER, op. cit., n° 324).

E. 7.1

La position de la recourante sur ce point ne tient pas. Le total du bois lamellé-collé pour l'appel d'offre s'élève à 487 m³ et seul le frêne (220 m³) se trouve à V. _____ suite aux adjudications de sciage et de collage. Or il faut ajouter 803 m³ de bois massif se trouvant dans différentes scieries. Ainsi seuls 220 m³ de frêne lamellé-collé se trouvent chez C. _____ SA suite à l'adjudication d'un autre lot et le détail de l'appel d'offres pour la fabrication de lamellés-collés en bois de frêne fourni par l'intimé ne

E. 7.2

Après une appréciation prima facie du dossier, cet argument devra ainsi très vraisemblablement être rejeté. 8. La recourante se plaint également d'un problème d'impartialité de l'adjudicateur, dans la mesure où le fait d'avoir œuvré pour l'adjudicateur au préalable pour la préparation du bois a potentiellement permis à l'une des entreprises du consortium adjudicataire d'avoir des contacts avec l'adjudicateur. Elle estime que l'adjudicateur partait avec un avantage concurrentiel en raison de la possession du bois et de la titularité du brevet, mais aussi du fait d'avoir eu des contacts avec l'ingénieur civil de l'adjudicateur, ce qui lui ouvrait la possibilité de prendre connaissance, bien avant tous les

autres soumissionnaires, du dossier technique ou d'une partie significative de ce dernier, voire d'entretenir des contacts préalables, ce qui pourrait mener une apparence de prévention. Les allégués du recours ne sont étayés par aucune pièce au dossier et ne reposent que sur des suppositions étant précisé que la PJ 8 à laquelle la recourante se réfère ne permet pas d'établir une quelconque impartialité de l'adjudicateur. D'entrée de cause, il faut constater que c'est l'entreprise F. _____ AG qui s'est occupée de la structure bois et qui a informé les soumissionnaires des lieux de prise en charge des bois lamellés-collés et non l'adjudicataire. En outre, dans la mesure où encore une fois aucun système de construction n'était imposé, on ne voit pas comment C. _____ SA aurait pu être avantagé. Pour le surplus, il peut être renvoyé au

E. 8

d'offres qui se réfèrent au système Ferwood. En outre, la recourante ne précise pas à quelle date elle s'est adressée à C. _____ SA pour obtenir une offre, alors que l'appelé en cause avance la date du 20 juin 2019 (un jeudi). Quoiqu'il en soit, la recourante a obtenu l'offre de C. _____ SA le lundi 24 juin 2019 donc très vraisemblablement 4 jours après sa demande. Il ressort de ces éléments que le titulaire du brevet a ainsi donné suite à la demande de la recourante à toute le moins pour la partie brevetée. En outre, la recourante ne saurait tirer aucun argument dans la présente procédure du fait qu'une entreprise ne donne pas suite à sa demande présentée au demeurant au dernier moment, dans la mesure incombe au soumissionnaire la responsabilité d'obtenir les informations de tiers afin de pouvoir déposer une offre complète dans les délais. Or il semble qu'en l'état, la recourante ne se soit adressée à C. _____ SA que 5 jours (dont un week-end) avant l'ouverture des offres fixée au 25 juin 2019 (JOJ du 15 mai 2019 p. 396). On peut en outre s'étonner de l'attitude de la recourante qui se plaint dans un courriel du 26 juin 2019 de n'avoir pas reçu de C. _____ SA les informations d'une partie des prestations, ce qui ne lui aurait pas permis de calculer l'ensemble de la structure avec une variante, alors même qu'elle a reconnu lors de la séance du 25 juillet 2019 s'être également approchée de E. _____, mais que cette dernière société a renoncé au marché et à faire une offre. L'attitude de la recourante apparaît quelque peu ambiguë lorsqu'elle se plaint de ne pas avoir reçu une offre se prétendant victime d'une discrimination, tout en reconnaissant s'être en parallèle adressée à une autre entreprise. C'est d'ailleurs ici le lieu de s'interroger sur le comportement de la recourante. Celle-ci a en effet laissé entendre qu'elle ne recourrait pas, respectivement qu'elle retirerait son recours si elle obtenait une partie des travaux en sous-traitance. Il n'est pas impossible que ce comportement constitue un abus de droit en raison de la contrainte potentielle qu'elle génère envers les autres parties. Cet élément peut toutefois être laissé indécis.

E. 9

comprend aucun détail technique sur le système d'assemblage susceptible de favoriser C. _____ SA, étant précisé que le délai pour le dépôt des offres pour ce lot était fixé au 17 mai 2019 PJ et les soumissionnaires du marché litigieux ont été avisés par courriel du 13 juin 2019 des lieux de prise en charge du bois suite aux adjudications de sciage et de collage. Il résulte de ce qui précède que C. _____ SA n'a donc pas été favorisée par rapport à d'autres soumissionnaires dans la mesure où aucun système d'assemblage n'était imposé (cf. consid. 5). En outre, le seul avantage dont dispose l'appelé en cause consiste dans le fait de ne pas devoir aller chercher les 220 m³ de bois lamellé-collé qui se trouve déjà chez C. _____ SA. Or, dans son offre à la recourante du 24 juin 2019, C. _____

SA a tenu compte d'un montant de CHF 33'500.00 pour une livraison franco chantier. Même en ajoutant ce dernier montant au prix de l'appelé en cause ou en le déduisant de celui de la recourante, la décision d'adjudication n'est pas de nature à être modifiée, au vu de l'importante différence de prix total entre les deux soumissionnaires. En outre, la différence de prix entre les deux soumissionnaires ne provient pas de la charpente, mais du prix des dalles, tribunes et parois dont le montant figurant dans la soumission de la recourante est plus élevé de CHF 215'000.00 que celui de l'adjudicataire. Enfin, l'appelé en cause a certes eu connaissance du fait que le frêne lamellé-collé se trouverait dans son entreprise du fait de l'adjudication de travaux ayant fait l'objet d'une autre soumission. Toutefois, cet avantage de quelques jours n'est absolument pas décisif pour le dépôt d'une offre dans le marché litigieux, respectivement pour l'adjudication qui, encore une fois, ne comporte pas de technique imposée.

E. 9.1

A teneur de l'article 39 al. 2 OAMP, l'offre ou la demande de participation doit porter la signature originale ou authentifiée de son auteur et parvenir complète au lieu et dans le délai fixés par l'appel d'offres. A l'échéance de ce délai, l'offre ou la demande de participation ne peut plus être modifiée (al. 3). Cette disposition légale concrétise le principe d'intangibilité des offres. L'article 46 al. 2 OAMP prévoit cependant que les erreurs évidentes de calculs et d'écriture sont corrigées. En outre, l'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre (art. 47 al. 1 OAMP). En application du principe d'intangibilité des offres, qui impose d'apprécier celles-ci sur la seule base du dossier remis, une exclusion ne devrait intervenir que si le vice apparaît intrinsèquement grave ou si sa gravité découle du non-respect de conditions essentielles fixées dans l'avis d'appel d'offres ou dans la documentation y relative. Hormis le canton de Genève, qui a sur ce point développé une jurisprudence sévère, en excluant d'emblée les offres incomplètes ou contenant des attestations périmées, la tendance semble aujourd'hui plutôt, dans les autres cantons, de fixer aux soumissionnaires un délai supplémentaire pour produire ou corriger les attestations défailtantes. La distinction entre ce qui relève de la correction des erreurs et de la clarification des offres (admissible) et ce qui ressortit à la modification des offres contraire au principe de l'intangibilité peut se révéler délicate (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 et les références citées ; TF 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1).

E. 9.2

Selon la jurisprudence, les questions posées en vue d'éclaircir le contenu d'une offre, respectivement d'obtenir une base de comparaison uniforme entre les offres, est admissible. Dans le cadre de son épuration technique par le pouvoir adjudicataire, une offre peut devoir être rectifiée afin de pouvoir être comparée avec le contenu des autres offres, sans toucher à son contenu matériel. Par exemple, des erreurs évidentes d'écriture (autres que celles de calcul) peuvent être corrigées par ce biais (Jean-Michel BRAHIER, Offre et contrat : vérification, épuration, rectification et négociation, in *Marchés publics* 2018 no 42 p. 291 et la référence). En outre, le pouvoir adjudicateur peut laisser aux soumissionnaires la possibilité de remédier à des imprécisions, lorsqu'il remarque à la lecture des offres que les documents d'appel d'offres ont été compris différemment selon les soumissionnaires (DUBEY / WASER / DI CICCIO, La jurisprudence en marchés publics entre 2014 et 2016 in *Marchés publics* 2016, nos 154 et 155 p. 156 et les références citées). L'opération de clarification ne doit pas entraîner de modification matérielle des offres. Le contenu matériel

des

E. 9.3

Au cas particulier, la recourante se méprend lorsqu'elle prétend qu'elle n'a pas eu l'opportunité de compléter son offre contrairement à l'appelé en cause. La proposition d'adjudication du 3 juillet 2019 précise effectivement pour cette dernière qu'« il a été nécessaire de demander la répartition des coûts entre la patinoire A et B pour les filets de protection, car le prix offert était global pour les deux ouvrages. Toutefois, cela n'a pas d'influence sur le prix global offert ». En réalité, il s'agit ici d'une demande de précision pour la répartition d'un prix entre deux prestations et non pas d'une demande visant à compléter une offre incomplète. Dans la mesure où il n'en résulte aucune modification du prix global offert pour cette prestation, mais uniquement un partage du prix total entre les patinoires A et B, une telle demande de précision est admissible. La situation n'est manifestement pas comparable à la situation de la recourante qui n'a pas du tout retourné le document relatif à la gestion du bois fourni par le maître d'ouvrage, raison pour laquelle elle n'a obtenu aucun point à ce critère pour lequel 5 points pouvaient être octroyés et qui était pondéré à raison de 10%. Dans une telle situation, il n'apparaît pas possible de demander au soumissionnaire de compléter son offre. Il faut relever que les dispositions précitées précisent en outre que si l'entrepreneur obtient la note de 0 à l'un des critères, l'offre pourra être écartée de la procédure et l'entrepreneur en sera avisé par écrit. En d'autres termes, l'adjudicateur aurait pu évincer la recourante du marché, mais ne l'a pas fait, retenant uniquement de mettre la note 0. En outre, à l'instar de l'intimé, on ne saurait imputer à C. _____ SA le fait que la recourante n'ait pas rendu ce document à tout le moins partiellement rempli dans la mesure où il concerne l'intégralité du bois fourni par le maître d'ouvrage, lequel ne concerne pas seulement le bois stocké à V. _____. Il apparaît ainsi dans un examen *prima facie* du dossier que ce grief est mal fondé et devrait être rejeté.

10. La recourante conteste encore la note 4 attribuée à l'appelé en cause pour les références dans la mesure où celui-ci a produit des références datant de plus de cinq ans, ce qui n'était pas demandé et sort du cadre fixé par l'adjudicateur. Sous le critère des références, la recourante a obtenu 45 points et l'appelé en cause 50. La recourante ne conteste pas les points qu'elle a obtenus. Dès lors, même si l'appelé en cause avait été crédité du même nombre de points ou de moins de points que la recourante, étant précisé que ce critère est pondéré à 15 %, la décision d'adjudication aurait été identique compte tenu de la différence de points entre les

E. 10

considérant 7. Cet allégué doit manifestement être rejeté après un examen *prima facie* du dossier. 9. La recourante invoque également une violation de la procédure de soumission. Elle fait valoir que l'offre de l'adjudicataire aurait dû être éliminée dans la mesure où elle n'était pas complète et que des contacts ont eu lieu entre l'adjudicataire et les soumissionnaires. Ils se fondent sur le fait qu'il a été nécessaire de demander la répartition des coûts entre la patinoire A et B pour les filets de protection, car le prix offert était global pour les deux ouvrages.

E. 11

offres, soit les prestations offertes pour un certain prix, ne doit pas être modifié (BRAHIER, op. cit. no 43, p. 92). L'adjudicateur ne peut pas, par ce biais, compléter les offres ou les modifier, sans s'exposer à une violation des principes d'égalité de traitement entre

concurrents et d'intangibilité des offres. En particulier, les clarifications qui conduiraient à une modification des prix, à des remises ou rabais nouveaux, ou à des modifications du contenu de la prestation offerte ou des modalités de son exécution ne sont pas permises. Un ajustement purement technique des offres, qui n'a pas de telles conséquences, est toujours autorisé (BRAHIER, op. cit. no 43 p. 292 et les références).

E. 12

Compte tenu du résultat qui précède, on ne saurait considérer dans une appréciation prima facie du dossier que la décision attaquée est arbitraire ou manifestement inexacte dès lors que le recours semble être mal fondé, l'adjudication en faveur de l'appelée en cause devant très vraisemblablement être confirmée. Il n'est ainsi pas nécessaire de procéder à une pesée des intérêts en présence, les motifs de recours invoqués ayant de faibles chances de succès quant au résultat final l'adjudication. La requête de restitution de l'effet suspensif doit ainsi être rejetée.

E. 13

■ à l'appelé cause, par son mandataire, Me Jeremy Huart, avocat à Delémont. Porrentruy, le 13 septembre 2019 La présidente : La greffière : Sylviane Liniger Odiet Lisiane Poupon 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.