



# RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA

TRIBUNAL CANTONAL

COUR ADMINISTRATIVE

---

*Eff. susp. 153 / 2021*

Présidente : Sylviane Liniger Odiet

Greffière : Carine Guenat

## DÉCISION DU 2 MARS 2022

en la cause liée entre

A. \_\_\_\_\_ AG,

recourante,

et

B. \_\_\_\_\_ SA,

- représentée par **Me Michael Imhof**, avocat à Bienne,

intimée,

**relative à la requête de restitution de l'effet suspensif dans le cadre de la décision d'adjudication du 21 octobre 2021 de B. \_\_\_\_\_ SA à C. \_\_\_\_\_ Gmbh – fourniture et installation de matériel embarqué pour l'information voyageurs.**

**Appelée en cause** : C. \_\_\_\_\_ Gmbh,

- représentée par **Me Marc Wollmann**, avocat à Bienne,

\_\_\_\_\_

Vu la décision de B. \_\_\_\_\_ SA (ci-après : l'intimée) du 21 octobre 2021 adjugeant à C. \_\_\_\_\_ Gmbh (ci-après : l'appelée en cause) les travaux de fourniture et installation de matériel embarqué pour l'information voyageurs pour un montant net de CHF 863'404.25 TTC ;

Vu le recours de A. \_\_\_\_\_ AG (ci-après : la recourante) du 3 novembre 2021 introduit auprès de la Direction des travaux publics et des transports du Canton de Berne contre la décision d'adjudication du 21 octobre 2021 de B. \_\_\_\_\_ SA relative à un appel d'offre selon la procédure sur invitation : fourniture et installation de matériel embarqué pour l'information voyageurs ; la décision attaquée précise qu'elle peut faire l'objet d'un recours auprès de la Direction des travaux publics et des transports, à Berne ;

Vu l'échange d'écriture entre les autorités bernoises et jurassiennes et la décision du 30 novembre 2021 au terme de laquelle la compétence de la Cour administratives pour connaître du recours a été admise ; dite décision n'a pas fait l'objet d'un recours ;

Vu la traduction du recours en français le 10 décembre 2021 dans lequel la recourante conclut à l'annulation de la décision, à la correction de l'erreur dans l'évaluation et le calcul des critères d'attribution, à ce que l'évaluation des différents critères soit revue ; elle requiert également la restitution de l'effet suspensif au recours et un accès complet au dossier en lui octroyant un délai raisonnable pour améliorer le mémoire exposant les motifs du recours ; elle demande également que les frais et dépens soient à la charge de l'intimée ; elle relève qu'en raison des critères choisis et de leur pondération, ces deux offres sont pratiquement à égalité dans l'évaluation d'autant plus que le résultat de l'appelée en cause a été calculé de manière erronée ; il n'est pas possible de déduire une décision claire de cette évaluation ; l'erreur d'évaluation doit être corrigée et l'évaluation des différents critères doit être réexaminée, dans la mesure où la moindre différence dans l'évaluation entraîne une modification de la décision d'adjudication ; elle requiert l'accès au dossier pour l'évaluation détaillée des offres et l'octroi de l'effet suspensif ;

Vu la prise de position de l'intimée du 24 décembre 2021 concluant au rejet du recours et de l'effet suspensif sous suite des frais et dépens ; s'agissant de l'erreur de calcul, elle précise que le critère « installations existantes » a effectivement fait l'objet d'une légère erreur de calcul de 0.16 point en faveur de l'appelée en cause ; après correction, le résultat est de 8.87 pour l'appelée en cause et de 8.744 pour la recourante dont l'offre reste la plus avantageuse économiquement ; demander à la Cour de procéder à un contrôle général de la notation des soumissionnaires est une motivation clairement insuffisante ; en outre, la procédure est urgente dans la mesure où l'intimée modernise actuellement les systèmes d'information aux voyageurs ; cette remise en état permettra l'installation d'écrans intérieurs modernes d'informations aux voyageurs ; les nouvelles rames devront être équipées du nouveau système d'information aux voyageurs ayant d'ores et déjà été commandées ; la présente procédure remet en question l'ensemble de la mise en service de ces nouvelles rames ; la prochaine échéance est au 15 janvier 2022 lors de laquelle l'adjudicataire doit fournir certains fichiers, ce qui ne peut être fait tant que le contrat n'a pas été conclu ; la commande auprès de l'entreprise D.\_\_\_\_\_ est une commande groupée avec les TPC et TransN, ce qui permet une baisse des coûts de production ; le non-respect des délais pourrait entraîner une perte de subventions de la Confédération de CHF 650'000.- par rame commandée eu égard à l'art. 3a sur l'ordonnance visant à assurer l'accès des personnes handicapées aux transports publics ; sur le fond, le recours basé sur une erreur de calcul qui ne change pas le résultat final doit être considéré comme mal fondé ; quant à la consultation du dossier, la recourante a déjà reçu tous les éléments lui permettant de comprendre l'évaluation et la notation effectuées par l'intimée ;

Vu la détermination de l'appelée en cause du 4 janvier 2022 qui se rallie aux faits et conclusions de l'intimée ;

Vu la prise de position de la recourante du 6 janvier 2022 dans laquelle elle demande à pouvoir consulter les documents pertinents pour la décision, afin de lui permettre de voir si, en plus

des erreurs déjà évidentes dans l'évaluation des offres, d'autres erreurs n'ont pas été commises et n'ont pas eu une influence décisive sur la décision d'adjudication ; s'agissant de l'effet suspensif, il précise que l'adjudicataire doit s'attendre à des recours et qu'il n'existe pas un intérêt public à mettre en œuvre ce projet immédiatement ; s'agissant des erreurs commises, la recourante estime qu'il pourrait y en avoir d'autre dans les dossiers d'évaluation ;

Vu le courrier de la recourante du 19 janvier 2022, précisant qu'une spécification des différents documents qu'elle souhaite consulter n'est pas possible car elle n'a pas connaissance à ce jour des documents déposés par l'intimée et des documents sur la base desquels se base la décision d'adjudication ;

Vu les observations des 24 et 31 janvier 2022 dans lesquelles l'intimée relève que les offres, l'analyse et la comparaison des offres sont couvertes par le secret d'affaires ;

Vu le courrier de l'appelée en cause du 2 février 2022 se ralliant aux observations de l'intimée ;

Vu la détermination de la recourante du 7 février 2022 qui réitère sa demande d'accès au dossier précisant qu'il n'est pas possible de comprendre comment les points ont été attribués pour chaque critère d'évaluation et qu'il manque la transparence nécessaire à la base d'un appel d'offres ; elle requiert en outre une expertise pour déterminer si la grille d'attribution des points par critères d'évaluation est compréhensible et correcte ;

Vu l'ordonnance du 10 février 2022 communiquant aux parties et à l'appelée en cause l'énumération des pièces composant le dossier d'adjudication produit par l'intimée le 24 janvier 2022, et la transmission à la recourante et à l'appelée en cause le 17 février 2022 de la pièce no 5 du dossier d'adjudication ;

Vu la prise de position de l'intimée du 14 février 2021 ;

Vu la détermination de l'appelée en cause du 28 février 2022 confirmant les conclusions de son recours et ses « demandes de preuves du 7 février 2022 » ;

Attendu que la compétence de la présidente de la Cour de céans pour connaître de la requête à fins de restitution de l'effet suspensif découle des art. 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) ; en outre, la consultation du dossier relève de l'instruction du dossier et est du ressort du juge instructeur (art. 50 al. 2 Cpa) ;

Attendu qu'aux termes de l'art. 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) ;

Attendu que 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 de la recourante, 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 marché serait extrêmement urgente, un tel intérêt ne saurait l'emporter face à des allégués crédibles de corruption lors de son attribution ; au contraire, si sont en cause des questions juridiques sur lesquelles on peut, de bonne foi, avoir des appréciations différentes, par exemple la pondération des critères d'adjudication, on peut, selon les circonstances, refuser l'effet suspensif à un recours pourtant doté de bonnes chances de succès, compte tenu de l'urgence (RJJ 2011 p. 64, consid. 2.1 et les références ; ATAF 2008/7 consid. 3 ; cf. également BR/DC 2014 p. 52ss, remarques ad 55 ; cf. également TF 2D\_43/2015 du 10 décembre 2015 consid. 3.1 et BOUCHAT, L'effet suspensif en procédure administrative, 2014, n° 909ss, en particulier 1010 et 1021) ; en règle générale, la juridiction se prononce sur la base des pièces qui lui sont soumises, sans procéder à des mesures d'instruction supplémentaires (RJJ 2010, p. 203 consid. 2.2 et les références ; ADM 147/2018 du 4 juillet 2019 consid. 2 consultable sous <https://jurisprudence.jura.ch>) ;

Attendu qu'en l'espèce, la recourante demande à ce que l'évaluation et les critères d'attribution soient entièrement revus, requérant en outre une expertise dans sa prise de position du 8 février 2022, dans la mesure où il y a eu une erreur de calcul et que, par conséquent, il n'est pas impossible que d'autres erreurs aient été commises ;

Attendu que la recourante ne se plaint pas des notes qui lui ont été attribuées, ni de celles attribuées à l'appelée en cause alors même qu'elle a reçu son évaluation et celle de l'adjudicataire avec la décision litigieuse ; elle ne conteste pas non plus que la correction effectuée par l'adjudicataire ne lui permettait pas d'obtenir l'adjudication ; en définitive, avec son recours, la recourante vise à chercher potentiellement des erreurs dans l'évaluation des offres ; or, c'est le lieu de rappeler que, dans le cadre d'un recours, la recourante doit indiquer les points qu'elle conteste et les motifs à l'appui de sa contestation ; elle doit motiver ses griefs (art. 126 à 128 Cpa) ; à cet égard, elle a pu s'exprimer à de nombreuses reprises, mais n'a jamais formulé le moindre grief précis, se contentant d'alléguer qu'elle n'est pas en mesure de le faire étant donné qu'elle n'a pas accès au dossier ; il en va de même dans sa détermination du 28 février 2022 dans laquelle elle s'interroge sur les critères « proximité » ainsi que sur tous les autres critères d'évaluation exceptés les critères « prix » et « coûts d'entretien », estimant que les documents à sa disposition ne lui permettent pas de comprendre comment les points ont été attribués ; elle ne conteste toutefois pas lesdits points ; à tenter de saisir les allégués

de la recourante, on comprend qu'elle cherche des indications pour voir s'il n'y aurait pas d'autres erreurs que l'erreur de calcul corrigée d'office par l'intimée ;

Attendu que s'agissant du grief de la transparence, il appert que la recourante n'a invoqué ce grief que le 8 février 2022, soit hors du délai de recours ; en outre, le grief porte sur les critères d'évaluation, en relevant que le principe de transparence impose de publier dans l'appel d'offres public non seulement les critères d'attribution, mais aussi leur ordre de priorité et leur pondération ; or en tant qu'elle conteste la procédure d'appel d'offre, son recours est tardif, partant irrecevable ; il faut en outre relever que la recourante ne conteste pas que l'intimée a procédé à une procédure sur invitation ; à cet égard, elle n'allègue ni n'établit qu'elle aurait demandé dans le cadre de la procédure quels étaient les critères d'évaluation, ainsi que leur pondération ;

Attendu que la recourante demande en outre à avoir accès au dossier d'adjudication ; elle ne conteste toutefois pas que l'offre de l'adjudicataire relève du secret d'affaire et est confidentielle, y compris en procédure de recours (TF 2D\_31/2018 du 1<sup>er</sup> février 2019 consid. 3.1 et ATF 139 II 489 consid. 3.3) ; à cet égard, l'art. 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) ; plus généralement l'accès au dossier est une composante du droit d'être entendu des parties ; le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. implique notamment le droit de prendre connaissance du dossier (ATF 136 I 265 consid. 3.2 ; 132 II 485 consid. 3.2) et le droit de participer à l'administration des preuves essentielles (ATF 135 I 279 consid. 2.3 ; 133 I 270 consid. 3.1) ; ces droits ne sont toutefois pas absolus, mais peuvent, dans certaines circonstances, être restreints ; en particulier, le droit de consulter le dossier peut être limité pour garantir les intérêts importants de l'Etat ou de tiers ; savoir si une telle limitation est justifiée dépend des intérêts en présence qu'il convient de peser (cf. ATF 129 I 249 consid. 3 ; TF 2C\_890/2008 du 22 avril 2009 consid. 5.3.3, résumé in : JdT 2010 I 677 ; TF 2D\_15/2011 du 31 octobre 2011 consid. 3.1) ; en procédure administrative jurassienne, l'autorité ne peut refuser la consultation des pièces du dossier que si un intérêt public ou privé important requiert qu'un document soit tenu secret à l'égard d'une partie ; l'autorité apprécie s'il est possible de le porter à la connaissance de son mandataire (art. 80 al. 1 let. a Cpa) ou si l'intérêt d'une enquête officielle en cours l'exige ; le refus d'autoriser la consultation ne peut s'étendre qu'aux pièces tenues pour confidentielles (art. 80 al. 2 Cpa) ; la consultation par la partie des pièces qu'elle a elle-même produites, ainsi que celles qu'elle a reçues, ne peut pas lui être refusée, pas plus que celle des procès-verbaux relatifs à ses déclarations (art. 80 al. 3 Cpa) ; une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son détriment que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de faire valoir ses moyens (art. 81 Cpa) ; il appartient ainsi à l'autorité de recours de procéder à une pesée des intérêts entre la confidentialité des pièces remises et l'importance de ces pièces pour le respect des droits de la défense (POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, no 429 p. 274 et la référence ; BR/DC 2/2011, p. 100-101) ;

Attendu que, s'agissant des pièces au dossier autres que les offres des soumissionnaires, la recourante a reçu un résumé des pièces composant le dossier d'adjudication, en particulier le sommaire de l'analyse des offres, ainsi que les deux pages composant la pièce 5 du dossier d'adjudication, à savoir les critères d'évaluation, leur pondération, la méthode d'attribution des notes, son évaluation et celle de l'appelée en cause ; on doit donc admettre qu'elle a reçu un résumé des pièces du dossier et de leur contenu, la procédure respectant ainsi les art. 81 et 82 Cpa, étant précisé que les autres pièces contiennent des secrets d'affaires ; malgré cela, elle n'a pas du tout précisé ses griefs après la notification de l'ordonnance du 17 février 2022 en faisant usage de son droit de réplique inconditionnel (ATF 146 III 97 consid. 3.4.1 ; 142 III 48 consid. 4.1.1), sa détermination du 28 février 2022 ne comprenant que des interrogations, mais aucune contestation dûment motivée ; il ne se justifie en outre pas de lui accorder un délai pour compléter son recours dans la mesure où la recourante n'a émis aucune critique à l'encontre des notes qui lui ont été attribuées, respectivement à l'encontre de celles obtenues par l'adjudicataire dans son recours, respectivement dans ses courriers ultérieurs ; à cet égard, il y a lieu de relever que la recourante a reçu avec la décision d'adjudication l'appréciation de l'offre de l'adjudicataire et la sienne avec les points attribués et leur pondération, de telle sorte qu'elle était à même de motiver son recours au moins sommairement en indiquant précisément les notes qu'elle contestait ;

Attendu que la recourante demande encore qu'une expertise soit mise sur pied pour évaluer les offres ; l'autorité doit examiner les allégués de faits et administrer les preuves requises pour autant que ces moyens n'apparaissent pas d'emblée dénués de pertinence ; l'autorité peut toutefois y renoncer lorsque les moyens proposés concernent des faits irrelevantes ou ne sont manifestement pas propres à éclaircir les faits ou encore lorsque ceux-ci ont été suffisamment élucidés ; l'autorité pourra ainsi mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui auront permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que celles-ci ne pourront pas l'amener, de manière certaine, à modifier son opinion (ATF 140 I 285 ; 138 III 374) ;

Attendu qu'en matière de marchés publics, le pouvoir adjudicateur a une large liberté d'appréciation dans le choix des critères d'aptitude et d'adjudication, des documents requis, ainsi que dans la pondération des différents critères d'adjudication ; dans la mesure où elle nécessite un savoir technique, une comparaison des offres soumises comporte inévitablement une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur, de sorte que l'autorité de recours doit apprécier les prestations offertes sur la base des critères d'adjudication avec une retenue particulière (POLTIER, op. cit., 2014, n. 338 ; ADM 147/2018 du 4 juillet 2019 consid. 5 consultable sur <http://jurisprudence.jura.ch> ; ADM 22/2016 du 5 avril 2016) ; 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 (RJJ 2011 p. 64 consid. 5.1 et les références) ; il faut en outre préciser qu'une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité ; une décision n'est pas arbitraire du seul fait qu'elle apparaît discutable ou même critiquable; il faut qu'elle soit manifestement insoutenable, et cela non seulement dans sa motivation mais dans son résultat (ATF 140 III 16 consid. 2.1 et les références) ;

Attendu qu'en l'espèce, l'intimée a corrigé une erreur de calcul, sans pour autant que cela change le résultat au niveau de l'adjudication comme elle le précise dans sa détermination du 24 décembre 2021 ; prenant position spontanément à plusieurs reprises par la suite, la recourante n'a pas contesté le nouveau calcul de l'intimée et en particulier qu'il ne modifie pas le résultat de l'analyse des offres, respectivement l'adjudication, alléguant seulement que d'autres erreurs pourraient avoir été commises ; or, le simple fait qu'une erreur de calcul a été commise ne signifie pas encore que d'autres erreurs ont entaché l'évaluation respectivement le calcul des offres ; en outre, l'intimée a confié l'évaluation des offres à son département infrastructure, département connaissant les besoins de l'intimée, donc à même d'évaluer l'adéquation des offres au projet réaliser ; le pouvoir d'appréciation du service infrastructure réalisé dans le document intitulé « analyse des offres reçues pour la mise à niveau de l'information voyageurs dans les rames IV » doit être respecté ; dans ces conditions, une expertise ne se justifie pas et devrait être rejetée avec un haut degré de vraisemblance ;

Attendu qu'il suit de ce qui précède que le recours devrait avec très vraisemblablement être rejeté, de telle sorte qu'il n'y a pas lieu de procéder à une pesée des intérêts en présence ou d'examiner l'urgence de la situation ;

Attendu que la requête de restitution de l'effet suspensif doit être rejetée ;

Attendu qu'il convient de joindre au fond les frais et dépens de la présente décision ;

## **PAR CES MOTIFS**

**La présidente de la Cour administrative**

**constate**

que les pièces ne contenant pas de secret d'affaire ont été transmises à la recourante ;

**rejette**

la demande de consultation des autres pièces du dossier d'adjudication au sens des considérants ;

**rejette**

la requête de restitution de l'effet suspensif ;

**joint**

au fond les frais et dépens de cette partie de la procédure ;

**informe**

les parties des voies et délais de recours selon avis ci-après ;

**ordonne**

la notification de la présente décision :

- à recourante, A. \_\_\_\_\_ AG ;
- à l'intimée, par son mandataire, Me Michael Imhof, avocat à Bienne avec une copie de la prise de position de la recourante du 28 février 2022 ;
- à l'appelée en cause, par son mandataire, Me Marc Wollmann, avocat à Bienne, avec une copie de la prise de position de la recourante du 28 février 2022 ;
- à la FINMA, Laupenstrasse 27, 3003 Berne ;
- à la Commission de la concurrence, Monbijoustrasse 43, 3003 Berne.

Porrentruy, le 2 mars 2022

**La présidente :**

**La greffière :**

Sylviane Liniger Odiet

Carine Guenat

**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 art. 82 ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF - RS 173.110), le recours constitutionnel subsidiaire aux conditions des art. 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.*

*Les mémoires doivent être 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).*