

# DÉCISION DE LA DIRECTION DES TRAVAUX PUBLICS, DES TRANSPORTS ET DE L'ÉNERGIE

OJ n° 130/2019/3

Berne, le 16 septembre 2019

en la cause liée entre

**A. \_\_\_\_\_ SA**  
recourante

représentée par Me B. \_\_\_\_\_

et

**Monsieur C. \_\_\_\_\_**  
intimé



et

**Office des ponts et chaussées (OPC), Arrondissement III, Service pour le Jura bernois, Grand Nods 1, 2732 Loveresse**

en ce qui concerne la décision de l'Office des ponts et chaussées du canton de Berne du 7 juin 2019 (237 IRJB - SH2019 / Service hivernal - Inspection des routes JB; lot 11: Plateau de Diesse - La Neuveville)

## I. Faits

1. En janvier 2019, l'Office des ponts et chaussées (OPC) a mis en adjudication, en procédure ouverte, l'exécution du service hivernal dans le Jura bernois. Il s'agit concrètement d'assurer le déblaiement de la neige et la lutte contre le verglas sur les routes cantonales pour les lots mis en adjudication. Le marché dans le Jura bernois est subdivisé en 13 lots. S'agissant notamment du lot 11, le ou la soumissionnaire doit fournir non seulement les véhicules, mais également la déneigeuse (lame chasse-neige), la saleuse (épandeur)

et les éléments de commande; l'inspection des routes met uniquement le sel de déverglaçage à disposition. Au nombre des critères d'aptitude figurent notamment:

- CA 2: Le soumissionnaire garantit que la lame chasse-neige et l'épandeur de sel sont rangés de sorte à être protégés des intempéries et du gel et à être toujours prêts à l'emploi.
- CA 4: Le soumissionnaire confirme que le point de départ prévu sera atteint dans un délai de 30 minutes à compter de l'ordre d'intervention.

Trois offres ont été présentées, dont celle de la recourante et celle de l'intimé. L'OPC a écarté la troisième offre pour non respect de critères formels et matériels.

Comme lieux d'entreposage pour le véhicule et le matériel de déneigement, l'intimé a mentionné dans son offre La Neuveville.

2. Par décision du 7 juin 2019, l'OPC a attribué le mandat à l'intimé en tant que soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Le montant adjugé est de 358'600 fr. TVA non comprise.

3. La recourante a interjeté recours auprès de la TTE<sup>1</sup> par écriture du 14 juin 2019. Elle conclut à la révocation immédiate de l'adjudication. Elle fait valoir que l'intimé a donné de fausses indications sur le personnel à disposition pour les travaux à effectuer. En particulier, l'intimé aurait sciemment usurpé l'utilisation du permis de conduire d'une personne aux fins de la faire passer comme employé.

4. L'intimé n'a pas remis de mémoire de réponse à l'Office juridique (OJ), qui conduit les procédures pour le compte de la TTE<sup>2</sup>. Par contre, il a envoyé une prise de position à l'OPC datée du 25 juin 2019, dans laquelle il réfute les accusations d'usurpation émises par la recourante.

---

<sup>1</sup> Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie

<sup>2</sup> art. 7 de l'ordonnance du 18 octobre 1995 sur l'organisation et les tâches de la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie, OO TTE, RSB 152.221.191

5. Dans sa prise de position du 1<sup>er</sup> juillet 2019, l'OPC fait savoir que durant l'année 2018, il a décidé de résilier tous les contrats de service hivernal avec ses sous-traitants et de procéder à un appel d'offres public. S'agissant de l'offre de l'intimé, l'OPC estime l'avoir bien étudiée et n'être en possession d'aucun élément lui permettant de l'invalidier. Il ajoute que le titulaire du permis de conduire susmentionné a attesté en avoir transmis sciemment une reproduction à l'intimé.

6. Par ordonnance du 24 juillet 2019, l'OJ a observé que la déclaration spontanée de l'intimé semblait ne pas être remplie correctement sur le plan des conditions de travail. L'office a en outre prié l'intimé de donner des précisions au sujet de l'entreposage du matériel de déneigement (lame chasse-neige et épandeur de sel).

7. Le 26 juillet 2019, la recourante a produit une écriture spontanée, par laquelle elle maintient ses affirmations d'utilisation abusive par l'intimé du permis de conduire susmentionné.

8. Par réponse du 8 août 2019, l'intimé fait savoir qu'il n'a pas encore recruté le personnel, étant donné le caractère temporaire et saisonnier de l'activité, mais que, à la conclusion du contrat avec l'OPC, le personnel serait engagé sous le régime d'un contrat-type de l'agriculture. L'intimé signale que le lieu d'entreposage du matériel de déneigement se situe au Landeron, sur la parcelle n° D.\_\_\_\_\_.

9. A partir du 16 août 2019, la recourante s'est fait représenter par un avocat. Par décision incidente du 19 août 2019, l'OJ a partiellement admis la requête de ce dernier de consulter le dossier dans le sens où il en a retiré certains documents aux fins du respect du secret des affaires.

10. Dans sa prise de position du 28 août 2019, la recourante estime notamment que les carences organisationnelles de l'intimé (personnel non encore engagé) sont disqualifiantes et que le local d'entreposage n'est pas approprié du point de vue de l'accessibilité. Elle

réitère ses assertions selon lesquelles le titulaire du permis de conduire susmentionné n'était pas au courant que ce document avait été utilisé dans le cadre de la présente procédure d'adjudication. La recourante répète sa demande de pouvoir consulter le dossier dans son entier aux fins de compléter sa prise de position.

11. Dans sa prise de position du 28 août 2019, l'OPC fait valoir différents éléments tendant à prouver que la transmission du permis de conduire susmentionné n'était pas usurpée. Il signale que la recourante propose un prix très élevé.

12. Par décision incidente du 29 août 2019, l'OJ a rejeté la demande de la recourante tendant à pouvoir consulter le dossier dans son entier aux fins de compléter sa prise de position.

13. Le 6 septembre 2019, la recourante a déposé des observations au sujet de la prise de position de l'OPC du 28 août 2019. Elle revient sur la question de l'usurpation du permis de conduire. S'agissant du prix offert, elle fait valoir qu'elle a suivi les bases de calcul en vigueur à l'Association suisse des transports routiers (ASTAG). Elle relève que le précédent contrat conclu avec l'OPC stipulait précisément que ces bases de calcul faisaient foi pour établir la tarification.

## **II. Considérants**

### **1. Recevabilité**

a) Selon l'art. 12 LCMP<sup>3</sup>, les décisions des autorités adjudicatrices cantonales peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Direction compétente du Conseil-exécutif. La TTE est compétente pour traiter du présent recours, dès lors qu'il est dirigé contre deux décisions émanant de l'OPC.

---

<sup>3</sup> loi du 11 juin 2002 sur les marchés publics, LCMP, RSB 731.2

b) La recourante, qui n'a pas obtenu l'adjudication, a un intérêt digne de protection à ce que les décisions soient annulées ou modifiées. Elle a donc qualité pour recourir (art. 65 LPJA<sup>4</sup>).

c) Le délai de recours est de dix jours (art. 14 al. 1 LCMP). Le recours a été interjeté dans ce délai. Le recours est donc recevable quant à la forme.

d) Les violations du droit, y compris celles qui sont commises dans l'exercice du pouvoir d'appréciation, ainsi que la constatation inexacte ou incomplète des faits peuvent être invoqués dans le recours (art. 14 al. 2 LCMP). En revanche, le grief d'inopportunité ne peut pas être objet du recours.

## 2. Exclusion

a) Selon l'art. 24 al. 1 OCMP<sup>5</sup>, l'adjudicateur ou l'adjudicatrice exclut de la procédure un ou une soumissionnaire qui ne satisfait pas aux critères d'aptitudes fixés (let. c), qui a fourni de faux renseignements à l'adjudicateur ou à l'adjudicatrice (let. d), qui offre à son personnel des conditions de travail qui, sur le plan des salaires, des prestations sociales et de l'égalité salariale entre hommes et femmes ne correspondent pas à la législation et à la convention collective de la branche (let. f) ou qui n'offre pas la garantie d'une exécution correcte du contrat (let. l). De plus, si l'offre est incomplète, le ou la soumissionnaire est également exclu de la procédure (art. 24 al. 1 let. b et al. 2 OCMP).

Lorsqu'il s'agit de l'appréciation matérielle d'une offre, les entités adjudicatrices disposent d'une grande liberté d'appréciation. En revanche, dans l'intérêt de la comparabilité des offres et eu égard au principe de l'égalité de traitement, la pratique se montre stricte en ce qui concerne le régime de l'exclusion des offres. Il s'agit d'assurer qu'aucun ou aucune soumissionnaire ne soit favorisée et que l'entité adjudicatrice dispose d'une base de décision claire et intelligible. Cependant, en vertu du principe de la proportionnalité et de la protection de la bonne foi, si le manque est insignifiant et excusable, qu'il peut être corrigé facilement et sans porter atteinte au principe de la concurrence loyale, il n'y aura alors pas

---

<sup>4</sup> loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives, LPJA, RSB 155.21

<sup>5</sup> ordonnance du 16 octobre 2002 sur les marchés publics, OCMP, RSB 731.21

lieu d'exclure le ou la soumissionnaire. Inversement, les manques qui empêchent une appréciation sérieuse et objective de l'offre sont rédhibitoires.<sup>6</sup>

b) Les critères d'aptitude ou de qualification sont des exigences qui subordonnent l'accès à la procédure. Ces critères servent à s'assurer que le ou la soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché. Les entreprises soumissionnaires qui ne les remplissent pas voient leur offre exclue d'emblée, à moins que les manquements du soumissionnaire aux exigences d'aptitude ne soient que légers (proportionnalité). Les critères d'aptitude doivent pouvoir être contrôlés par l'adjudicateur ou l'adjudicatrice avant la décision d'adjudication, ce qui exclut notamment que des éléments essentiels pour l'exécution du mandat ne soient acquis par l'adjudicataire que par la suite. Si l'adjudicateur ou l'adjudicatrice estime qu'il suffit, pour des raisons pratiques liées à la réalité du marché, que les soumissionnaires se limitent à fournir des garanties, au moment de la décision d'adjudication, qu'ils posséderont les éléments essentiels pour l'exécution du mandat lorsque celui-ci devra être exécuté, alors il doit le mentionner dans l'appel d'offres. S'il ne le fait pas et si une telle volonté ne peut être clairement déduite d'une interprétation de l'appel d'offres, il ne peut, par la suite, attribuer le marché à une entreprise ne remplissant pas un critère d'aptitude au moment de la décision d'adjudication, sous peine de fausser l'attribution du marché. En effet, il n'est pas exclu que d'autres entreprises concurrentes, désireuses de participer au marché mais n'étant pas en mesure de remplir tous les critères d'aptitude au moment de soumissionner, y aient renoncé compte tenu de la teneur de l'appel d'offres.<sup>7</sup>

### 3. Faux renseignements et critères d'aptitude

a) Dans les documents d'appel d'offres, l'autorité adjudicatrice a fixé des critères d'aptitude "servant de base pour prouver que le soumissionnaire dispose des compétences professionnelles et techniques requises pour remplir son contrat tout en maîtrisant les coûts; est évaluée l'entreprise (...) et non la prestation proposée." Il est précisé que tous les critères d'aptitude (CA) doivent impérativement être respectés et sont examinés par lot.<sup>8</sup> L'autorité adjudicatrice a notamment fixé les CA suivants pour le lot 11:

---

<sup>6</sup> Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2013, 3e éd., n. 433 ss, 451, 464 s., 484, 514, 568 et 580

<sup>7</sup> arrêt du TF 2D\_25/2018 du 2 juillet 2019, consid. 3.3 et jurisprudence citée

<sup>8</sup> Formulaire B - Dispositions relatives à l'appel d'offres, ch. B5.2

- CA 2: Le soumissionnaire garantit que la lame chasse-neige et l'épandeur de sel sont rangés de sorte à être protégés des intempéries et du gel et à être toujours prêts à l'emploi.
- CA 4: Le soumissionnaire confirme que le point de départ prévu sera atteint dans un délai de 30 minutes à compter de l'ordre d'intervention.

Aux fins de concrétiser le respect du CA 2, l'autorité adjudicatrice y a adjoint la question suivante: Comment la lame chasse-neige et l'épandeur de sel sont-ils rangés – brève description? L'intimé a répondu dans son offre: "hangar fermé / hors gel". Pour la concrétisation du respect du CA 4, l'intimé devait indiquer l'emplacement du véhicule d'une part et l'emplacement de la lame chasse-neige et de l'épandeur de sel d'autre part. L'intimé a indiqué "2520 La Neuveville" comme emplacement pour le véhicule, la lame et l'épandeur. Invité par l'OJ à préciser l'emplacement, l'intimé a donné en date du 8 août 2019 un renseignement tout autre. Il a en effet indiqué que l'emplacement du véhicule, de la lame et de l'épandeur était situé à la rue F.\_\_\_\_\_, au Landeron (parc. n° D.\_\_\_\_\_). Ce faisant, force est de constater que l'intimé a fourni de faux renseignements.

b) L'exactitude des renseignements donnés à l'entité adjudicatrice fait partie des exigences fondamentales posées aux soumissionnaires et à leurs offres.<sup>9</sup> Dans le cas d'un soumissionnaire qui avait, dans la déclaration spontanée, prétendu faussement avoir réglé toutes les cotisations sociales, puis qui s'était acquitté de celles-ci ensuite de sommation, le Tribunal administratif du canton des Grisons avait néanmoins statué l'exclusion de ce soumissionnaire dès lors qu'au moment de la déclaration spontanée, le renseignement qui y figurait au sujet du paiement des cotisations était fallacieux.<sup>10</sup> En l'occurrence, il doit en aller de même en ce qui concerne les informations fournies pour l'examen du critère d'aptitude CA 4. A l'appui de la rectification, devant l'autorité de recours, des informations au sujet de l'emplacement des véhicules et matériel de déneigement, l'intimé a produit une attestation des propriétaires de la parcelle n° D.\_\_\_\_\_ assurant la mise à disposition de places de stationnement pour les véhicules et matériel susmentionnés. Cette attestation date du 8 août 2019. Il résulte d'abord de l'ensemble de cette constellation que l'intimé, au moment du dépôt de son offre, ne disposait pas encore de l'emplacement au Landeron. Il en résulte en outre que l'intimé ne disposait pas non plus d'un emplacement à La Neuveville, sinon il ne se serait pas mis à la recherche d'un autre lieu à l'instigation de l'autorité chargée de l'instruction du recours. En confirmation de cette constatation, on

---

<sup>9</sup> Galli/Moser/Lang, n. 433

<sup>10</sup> Galli/Moser/Lang, n. 484

relève que l'intimé n'a fourni dans son offre que le nom de la commune, à l'exclusion de toute adresse précise correspondant véritablement à des locaux qu'il détient.

c) L'existence de faux renseignements au moment de la remise de l'offre est donc avérée. Etant donné qu'à ce moment, l'intimé ne disposait d'aucun emplacement, il n'était pas en mesure de confirmer que le point de départ prévu pour le service hivernal est atteint dans un délai de 30 minutes à compter de l'ordre d'intervention (CA 4). Il n'était pas non plus en mesure de garantir que le matériel de déneigement est rangé de sorte à être protégé des intempéries et du gel et à être toujours prêt à l'emploi (CA 2). Autrement dit, les faux renseignements ont eu pour effet que deux critères d'aptitude n'ont pas pu être appréciés de façon sérieuse et objective par l'autorité adjudicatrice. Ces critères visent des éléments essentiels pour l'exécution du mandat, à savoir l'état de marche du matériel et la rapidité d'intervention. Les manques ne peuvent donc pas être considérés comme insignifiants et excusables. Ils doivent avoir pour effet l'exclusion de l'intimé.

d) Dans l'optique de l'examen de la proportionnalité, la correction opérée par l'intimé devant l'autorité de céans ne change rien à ce résultat. A la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral (consid. 2b ci-dessus), elle est non pertinente car tardive. De plus, elle n'aboutit pas à ce que le respect des critères d'aptitude puisse être établi de façon sérieuse, même après coup. L'OPC considère certes que les dimensions de l'ouverture disponible sur la façade nord-est du bâtiment sont suffisantes pour le passage de véhicules lourds. Il ajoute cependant que le matériel déposé à l'extérieur du bâtiment, visible sur la photo de la façade nord-est produite par la recourante, doit être déplacé pour pouvoir accéder aux locaux de manière aisée; ce déplacement aurait été confirmé par l'intimé.

Le bâtiment dont l'intimé disposerait à la rue F. \_\_\_\_\_ au Landeron est un hangar/atelier appartenant à un viticulteur. Les photographies produites par la recourante confirment en effet qu'une seule entrée permet à des véhicules lourds de pénétrer dans le hangar. Si les dimensions de la porte semblent suffisantes comme le dit l'OPC, force est de constater que les alentours de l'entrée sont encombrés par divers objets. Une construction de deux étages de type appentis a même été érigée aux fins de l'entreposage le long du bâtiment voisin. L'évacuation de tout ou partie de ces objets et installations n'est pas dans la maîtrise de l'intimé ou du viticulteur, car la parcelle sur laquelle ils se trouvent n'appartient ni à l'un ni à l'autre. L'évacuation nécessite donc préalablement démarches voire procédures. Par ailleurs, selon l'attestation du 8 août 2019 émanant des propriétaires de la

parcelle n° D.\_\_\_\_\_, "la mise à disposition de places de stationnement pour véhicules et matériels de déneigement se fait en partenariat avec le Domaine E.\_\_\_\_\_, situé à la même adresse". La surface du hangar-atelier (1249 m<sup>2</sup>) est certes non négligeable. Toutefois, on ignore quelles autres affectations, par exemple liées à l'exploitation du domaine viticole, il abrite. De son côté, l'intimé devrait, selon le descriptif figurant dans son appel d'offre, parquer plusieurs véhicules et deux lames chasse-neige. Au vu du dossier, il n'est donc pas établi que la place à l'intérieur du hangar soit suffisante. Finalement, il résulte de l'attestation du 8 août 2019 que les places de stationnement pour véhicules et matériels de déneigement sont mises à disposition "pour la saison hivernale". Il n'est toutefois pas précisé si l'accord ne vaut que pour la présente saison ou s'il est reconduit pour toute la durée du contrat de service hivernal à conclure avec l'OPC. En effet, la durée de ce dernier est censée être de cinq ans au minimum (cf. projet de contrat ch. 3). Pour toutes ces raisons physiques et juridiques, l'entreposage dans ce bâtiment de véhicules et de matériel destiné au service hivernal n'est pas assuré.

e) Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que l'intimé n'a pas été en mesure de corriger la lacune de son offre quant à l'entreposage de la lame chasse-neige et de l'épandeur de sel (si tant est qu'une telle correction ultérieure soit admissible du point de vue de la jurisprudence fédérale). L'offre ne peut toujours pas être appréciée de façon sérieuse et objective. Le manque doit par conséquent être considéré comme rédhibitoire et l'exclusion de l'intimé au motif qu'il ne satisfait pas aux critères d'aptitude CA 2 et CA 4 n'est pas contraire au principe de la proportionnalité. Le fait que, contrairement aux prescriptions relatives à d'autres lots, le soumissionnaire doit utiliser ses propres déneigeuse et saleuse ne le dispense pas d'entreposer celles-ci de façon irréprochable, de sorte qu'elles soient toujours prêtes à l'emploi et opérationnelles au sens des CA 2 et 4.

f) En définitive, l'intimé doit être exclu de la procédure aussi bien sur la base de la lettre c de l'art. 24 al. 1 OCMP que la lettre d de cette disposition. Compte tenu de ces manques, il n'offre pas non plus la garantie d'une exécution correcte du contrat (art. 24 al. 1 let. I OCMP). Ces éléments suffisent à justifier l'exclusion de l'intimé.

#### 4. Autres manques

a) Dans la déclaration spontanée, l'intimé a répondu oui à la question "Respectez-vous les dispositions sur la sécurité du travail ainsi que les conditions de travail et de rémunération des conventions collectives de travail (CCT), des contrats-types de travail ou, à défaut, les réglementations en usage dans la localité et la profession?" Toujours dans la déclaration spontanée, l'intimé a déclaré être soumis à un contrat-type de travail (CTT) de la Chambre neuchâteloise d'agriculture. L'exactitude de ces indications devait être confirmée au moyen d'une attestation de la commission paritaire professionnelle portant sur le respect de la CCT ou, pour les branches sans CCT, par une attestation de l'organe de révision ou de la fiduciaire (comptabilité externe) concernant le respect des conditions de travail usuelles du lieu et de la branche. L'intimé n'a pas fourni ces pièces. Il a produit les permis de conduire de différentes personnes censées accomplir le service de piquet conformément au CA 3, mais il n'a pas fourni les attestations relatives au paiement des cotisations aux assurances sociales de ces employés potentiels et employées potentielles. Interrogé par l'OJ, l'intimé a fait savoir au cours de la présente procédure de recours qu'il n'a pas encore recruté le personnel, étant donné le caractère temporaire et saisonnier de l'activité, mais que, à la conclusion du contrat avec l'OPC, le personnel serait engagé sous le régime d'un CTT de l'agriculture.

b) Sur la base de ce qui précède, il apparaît que l'offre est incomplète au sens de l'art. 24 al. 2 OCMP. De plus, l'intimé compte engager son personnel sur la base d'un CTT de l'agriculture. Cette profession ne correspond pas à la branche du service hivernal sur les routes publiques. Par conséquent, l'examen du respect des conditions de travail de la branche n'est pas possible (art. 24 al. 1 let. f et al. 3 OCMP). Surtout, l'organisation du personnel n'est pas encore constituée, alors qu'il s'agit d'un élément essentiel pour l'exécution du mandat (cf. consid. 2b ci-dessus). Ce faisant, le contrôle du respect du critère d'aptitude CA 3 n'est pas possible. Ces vices sont rédhibitoires et entraînent également l'exclusion.

#### 5. Conséquences

Au vu de ce qui précède, l'offre de l'intimé réalise en tout cas trois motifs d'exclusion. D'abord, elle contenait de faux renseignements, ensuite certains critères d'aptitude ne sont pas respectés, finalement l'exécution correcte du contrat n'est pas garantie (art. 24 al. 1

let. c, d et l OCMP). L'autorité adjudicatrice aurait dû exclure l'offre de l'intimé. Une fois la proportionnalité examinée, l'autorité n'avait à cet égard pas de marge d'appréciation. La formulation de l'art. 24 OCMP est contraignante ("exclut") et non potestative ("peut exclure"). De plus, les manquements représentent une atteinte grave aux objectifs du droit des marchés publics.<sup>11</sup> Pour toutes ces raisons, il incombe aussi à l'autorité de recours de prononcer elle-même l'exclusion. L'adjudication doit donc être annulée. Dans cette mesure, le recours est admis.

## 6. Interruption de la procédure

a) L'adjudicateur ou l'adjudicatrice peut interrompre la procédure pour de justes motifs (art. 29 al. 1 OCMP). Un juste motif est avéré si les offres déposées ne permettent pas de garantir une concurrence efficace (art. 29 al. 2 let. d OCMP).

L'interruption suppose un motif important, ou motif objectif. En présence d'un tel motif, l'interruption est toujours dans l'intérêt public. Les soumissionnaires n'ont pas un droit à la poursuite de la procédure, ils sont seulement protégés contre la discrimination ciblée. Même le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas fondamentalement l'entité adjudicatrice d'agencer la soumission selon ses besoins concrets. Il n'est pas nécessaire, pour interrompre la procédure, que la poursuite de celle-ci soit totalement inadmissible. L'existence d'un motif objectif est déjà avéré notamment si la poursuite de la procédure conduirait à une acquisition qui ne correspondrait pas ou plus aux besoins de l'entité adjudicatrice ou qui ne serait pas rentable ou pas légitime. Si les avantages d'une interruption l'emportent sur ceux de la poursuite de la procédure, alors le motif objectif pour l'interruption est donné. En effet, grâce à l'interruption, l'entité adjudicatrice peut tendre à un marché plus avantageux. Une telle interruption sert les buts de la législation en matière de marchés publics, à savoir la concurrence efficace dans l'adjudication des mandats publics et l'utilisation économe des moyens publics.<sup>12</sup>

L'interruption est possible tant que le contrat n'est pas encore conclu, même lorsque l'adjudicataire a déjà été désigné.<sup>13</sup> L'autorité judiciaire saisie d'un recours contre la décision

---

<sup>11</sup> ATF 143 II 425, consid. 4.6; décision de la TTE OJ n° 130/2017/2, consid. 4a s. et référence citée

<sup>12</sup> JAB 2008 p. 442, consid. 2

<sup>13</sup> JAB 2008 p. 442, consid. 3

d'adjudication, qui n'est donc par définition pas encore entrée en force, peut en présence de justes motifs ne pas se limiter à annuler la décision d'adjudication, mais aussi interrompre toute la procédure. Il faut toutefois que cette conséquence extrême soit justifiée par des motifs objectifs.<sup>14</sup>

b) Faute d'autres candidats ou candidates recevables, une seule offre entre en considération, à savoir celle de la recourante. Le prix total de cette offre se monte à 705'170 fr., TVA non comprise, alors que l'intimé offrait au prix de 358'600 fr. Pour le contrat de base d'une durée de cinq ans, l'offre de la recourante représente un tarif horaire de 531 fr. à raison de 940 heures d'intervention (sans supplément pour heures supplémentaires et travail de nuit/le dimanche), alors que le tarif horaire de l'intimé se montait à 250 fr.

Selon la jurisprudence cantonale, lorsque les offres dépassent de 25 % l'estimation soigneuse effectuée par l'entité adjudicatrice, le motif objectif d'interruption est donné. La doctrine place la barre à 25 % - 30 %. Le Tribunal administratif du canton de Berne a considéré que l'interruption était justifiée dans le cas d'un recourant, demeuré seul en lice, dont l'offre était d'environ 40 % plus chère que celles des autres participants à l'appel d'offres et qu'aucun élément ne permettait de supposer que les autres offres se basaient sur des calculs de prix irréalistes.<sup>15</sup> La jurisprudence du TF n'a pour l'instant pas établi de limite.

c) La différence entre les tarifs horaires de la recourante et de l'intimé se monte à 53 %, soit nettement au-dessus des limites énoncées par la jurisprudence et la doctrine. Toutefois, cette comparaison n'est pas pertinente à elle seule, dès lors que l'intimé doit être exclu de la procédure, notamment au motif que l'examen du respect des conditions de travail de la branche n'est pas possible (cf. consid. 4b ci-dessus). Sur la base du tableau comparatif des tarifs horaires offerts pour tous les lots du Jura bernois, produit par l'OPC, on constate que le prix le plus élevé, après celui proposé par la recourante, est de 350 fr. pour le lot G.\_\_\_\_\_. La différence avec le tarif de la recourante atteint donc déjà 34%. Le tarif pour les lots H.\_\_\_\_\_ et I.\_\_\_\_\_ se monte à 330 fr., soit un écart de 38 %, mais la comparaison n'est pas non plus directement appropriée car ces lots ne nécessitent pas de salage et la lame chasse-neige est fournie par l'adjudicateur. Pour les lots J.\_\_\_\_\_ et K.\_\_\_\_\_ le tarif maximal proposé est de 325 fr. soit un écart de 39 %. On s'approche

---

<sup>14</sup> ATF 141 II 353, consid. 6.2

<sup>15</sup> JAB 2008 p. 442, consid. 4.2.3 s.

ici nettement des 40 %. Les tarifs proposés pour tous les autres lots sont inférieurs à 300 fr. La recourante fait valoir qu'une comparaison avec d'autres adjudications n'est pas admissible au vu des fortes déclivités du lot 11. Toutefois, il en va de même du lot K. \_\_\_\_\_, où il faut également passer de 433 m d'altitude à 800 m environ. Au vu de l'ensemble de ce qui précède, force est de constater que le prix proposé par la recourante semble exagéré. Rien n'indique que le lot 11 serait à tel point spécifique qu'il justifierait un tarif nettement plus élevé que tous les autres. Il n'y a pas non plus lieu de supposer que toutes les autres offres se baseraient sur des calculs de prix irréalistes. Indépendamment du prix proposé, le seul fait qu'une unique offre demeure recevable peut déjà plaider pour l'interruption, faute de garantie de concurrence efficace<sup>16</sup>.

Les arguments de la recourante relatifs au précédent régime contractuel entre elle-même et l'OPC sont sans effet. Le canton de Berne a précisément voulu résilier tous les contrats de service hivernal avec ses sous-traitants et procéder à un appel d'offre pour obtenir des prix moins élevés. Il est évident à cet égard que ces sous-traitants ne peuvent pas se fonder sur les prix pratiqués précédemment. Par ailleurs, rien n'indique que les bases de calculs de l'ASTAG, sur lesquelles se fondait la précédente tarification, constituent la seule source possible et intangible propre à établir les conditions de travail usuelles du lieu et de la branche (selon sa déclaration spontanée, la recourante n'est soumise ni à une CCT ni à un CTT).

En définitive, il appert que l'acquisition du service aux conditions proposées par la recourante ne serait pas rentable pour l'OPC, qui subirait plus d'inconvénients à poursuivre la procédure plutôt qu'à l'interrompre. L'interruption porte sur un seul lot et il ne fait pas de doutes que l'autorité adjudicatrice pourra trouver une solution transitoire pour la prochaine saison. Il ne serait par contre pas tolérable qu'elle soit liée pour les cinq prochaines années aux conditions que propose la recourante. A cet égard, l'OPC a d'ailleurs exprimé dans sa prise de position du 28 août 2019 que la confiance portée à la recourante se trouve entamée et qu'il serait difficile de collaborer dans une ambiance exempte de suspicion.

---

<sup>16</sup> arrêt du TF 2P.34/2007 du 8 mai 2007, consid. 6.2; cf. aussi art. 57 al. 1 let. c de l'ordonnance du 4 avril 2006 concernant l'adjudication des marchés publics du canton du Jura: "L'adjudicateur peut décider d'interrompre la procédure et, au besoin, de la répéter pour des raisons importantes, notamment lorsque (...) les offres remises ne permettent pas de garantir une concurrence efficace, soit parce qu'une seule offre est recevable, soit parce qu'il n'y a que deux offres recevables et qu'un écart important de prix les sépare."

Dans ces circonstances, la question de savoir qui de la recourante ou de l'intimé aurait fait pression sur le titulaire du permis de conduire mentionné plus haut (cf. ci-dessus I., ch. 5, 7, 9, 10, 11 et 13), et dans quel but, n'est pas pertinente et n'a pas à être tranchée.

Au vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu d'interrompre la procédure d'adjudication relative au lot 11 car le prix demandé par la recourante dépasse considérablement les attentes justifiées de l'adjudicateur. A cet égard, le recours est rejeté.

## 7. Frais et dépens

a) Les frais de procédure sont perçus sous la forme d'un émolument forfaitaire. Un émolument supplémentaire peut être perçu pour les enquêtes particulières, les expertises ou d'autres mesures d'instruction (art. 103 al. 1 LPJA). Un émolument forfaitaire de 200 à 4'000 fr. est perçu pour les décisions sur recours dans des affaires de justice administrative (art. 19 al. 1 en relation avec art. 4 al. 2 et 3 OEmo<sup>17</sup>). Selon la pratique de la TTE, les frais de la procédure sont fixés à 1'600 fr.

Les frais de la procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe à moins que le comportement d'une partie au cours de la procédure permette une répartition différente ou qu'il soit justifié par des circonstances particulières de ne pas percevoir de frais (art. 108 al. 1 LPJA). L'intimé succombe puisqu'il est exclu de la procédure. A cet égard, le recours est partiellement admis. Toutefois, la recourante n'obtient pas gain de cause puisque la procédure est interrompue et que le montant de son offre est la cause de l'interruption. La recourante et l'intimé assument les frais de procédure chacun pour moitié.

b) La recourante, qui succombe, n'a pas droit à des dépens (art. 108 al. 3 LPJA).

---

<sup>17</sup> ordonnance du 22 février 1995 fixant les émoluments de l'administration cantonale, OEmo, RSB 154.21

### **III. Décision**

1. Le recours est partiellement admis. L'intimé est exclu de la procédure et la décision d'adjudication du 7 juin 2019 est annulée.
2. La procédure d'adjudication relative au lot 11 est interrompue.
3. Les frais de la procédure par 1'600 fr. sont mis à la charge de la recourante et de l'intimé pour moitié, à savoir 800 fr. chacun.  
Les factures leur seront notifiées à l'entrée en force de la présente décision.
4. Il n'est pas alloué de dépens.

### **IV. Notification**

- B.\_\_\_\_\_, par courrier recommandé
- C.\_\_\_\_\_, par courrier recommandé
- Office des ponts et chaussées (OPC), Arrondissement III, Service pour le Jura bernois, par courrier recommandé

**Direction des travaux publics,  
des transports et de l'énergie**

Le directeur

Christoph Neuhaus  
Conseiller d'Etat

**Voie de recours**

La présente décision peut être attaquée par voie de recours, dans les 10 jours qui suivent sa notification, auprès du Tribunal administratif du canton de Berne, Speichergasse 12, 3011 Berne. Un éventuel recours doit être introduit en quatre exemplaires, contenir les conclusions, l'indication des faits, moyens de preuve et motifs et porter une signature. Les moyens de preuves disponibles (en particulier la décision attaquée) doivent être joints.