



RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA

TRIBUNAL CANTONAL

COUR ADMINISTRATIVE

ADM 119 / 2012

Président : Pierre Broglin
Juges : Sylviane Liniger Odiet et Gérald Schaller
Greffière : Nathalie Brahier

ARRET DU 21 NOVEMBRE 2013

en la cause liée entre

X. SA,

recourante,

et

la Haute école pédagogique BEJUNE (HEP-BEJUNE), Service de l'administration et des finances, Rue du Banné 23, 2900 Porrentruy,

intimée,

relative à la décision de l'intimée du 5 novembre 2012.

Appelée en cause : Y. SA,
- représentée par Me Thierry Amy, avocat à Lausanne.

CONSIDÉRANT

En fait :

- A. Par décision du 5 novembre 2012, la HEP-BEJUNE a attribué à Y. le marché public d'assurances de personnes Lot 1 – LAA/CLAA (assurance obligatoire et complémentaire) pour l'ensemble de son personnel pour les années 2013 à 2015, pour la somme de CHF ..., son offre ayant obtenu le premier rang avec 430 points.
- B. X. SA (ci-après : la recourante), soumissionnaire évincée ayant réalisé 349.39 points et ayant obtenu le deuxième rang, a recouru contre cette décision auprès de la Cour de céans le 16 novembre 2012. Dans ses conclusions, elle demande que l'offre de Y. SA soit écartée, que la décision d'adjudication soit annulée et la cause renvoyée à la HEP-BEJUNE (ci-après : l'intimée) pour nouvelle appréciation des offres présentées et nouvelle décision au sens des considérants. Pour le cas où le contrat

aurait déjà été conclu, elle demande qu'il soit constaté que le contrat est nul, subsidiairement invalide ou inefficace, sous suite des frais et dépens.

En substance, elle expose que l'offre de Y. SA est clairement trop basse par rapport aux prestations à fournir, de sorte qu'elle doit être écartée. La sinistralité annuelle moyenne des prestations à court terme pour la période 2008-2011 s'élève à CHF La prime demandée par l'adjudicataire, CHF ..., est insuffisante pour financer les frais administratifs d'un tel marché et ne permet certainement pas de financer les prestations à long terme. Cette offre est en outre incohérente avec le tarif déposé par Y. SA auprès de l'Office fédéral de la santé publique (ci-après : OFSP). Des renseignements doivent être pris à ce propos. Par ailleurs, l'écart entre la première et la deuxième offre est supérieur à 25 %, ce qui jette un sérieux doute sur la possibilité de l'adjudicataire de satisfaire aux modalités du marché. Pour le critère no 4, celle-ci obtient la note 0, ce qui implique, quels que soient les motifs ayant justifié cette note, qu'elle n'est pas en mesure d'exécuter le marché aux conditions offertes.

- C. Par ordonnance du 19 novembre 2012, Y. SA (ci-après : l'appelée en cause ou Y.) a été appelée en cause et il a été précisé que la procédure d'adjudication était suspendue jusqu'à droit connu sur la question de l'effet suspensif et que le contrat ne pourrait pas être conclu avec l'adjudicataire.
- D. Dans sa réponse du 10 décembre 2012, la HEP-BEJUNE a conclu au rejet du recours sous suite de frais et dépens. En substance, elle souligne qu'elle travaille déjà avec l'appelée en cause depuis deux ans. L'offre formulée par celle-ci n'émet pas de réserve par rapport à une éventuelle approbation par l'autorité de surveillance. A cet égard, l'intimée peut s'attendre à ce que le tarif proposé par l'adjudicataire ait bien été validé par l'OFSP et qu'il soit conforme à la loi sur l'assurance-accidents (LAA) et l'ordonnance sur l'assurance-accidents (OAA). L'appelée en cause dispose de l'outil de gestion des absences non planifiées Prévenir et Guérir, ce qui démontre qu'elle a tenu compte d'une marge suffisante pour la gestion des coûts administratifs. Compte tenu de l'actuelle collaboration, il est manifeste que son offre répond aux règles du marché et aux exigences légales et qu'elle n'est pas anormalement basse. La note 0 attribuée au critère 4 l'a été en l'absence de renseignements fournis par l'appelée en cause à ce sujet, information dont l'intimée pouvait se passer et qui ne remet pas en cause la bonne exécution du marché. En conclusion, il apparaît que l'intimée a considéré l'offre retenue comme n'étant pas anormalement basse, usant en cela du large pouvoir d'appréciation dont elle dispose. Pour le surplus, elle relève qu'à la suite de la communication de la décision d'adjudication du 5 novembre 2012, l'appelée en cause a accepté le contrat et remis une police d'assurance qui atteste de l'existence du contrat, lequel a été valablement conclu.
- E. Dans sa prise de position complémentaire du 17 décembre 2012, l'intimée relève que les informations de la recourante relatives à la sinistralité à court terme sont erronées, eu égard notamment aux réserves dont l'évaluation est soumise à une large appréciation de la part des compagnies d'assurances. En se fondant sur les informations concrètes fournies par C., assureur pour les années 2006 à 2010, et actualisées au 3 décembre 2010, l'appelée en cause pouvait retenir une sinistralité

moyenne comprise entre CHF ... (correspondant aux montants payés) et CHF ... (correspondant aux montants payés et aux réserves). Le recours est ainsi basé sur des hypothèses infondées et erronées. La recourante n'a quant à elle pas pris de renseignements au sujet du rendement actualisé, contrairement à l'appelée en cause, qui l'avait fait lors de la passation du contrat en vigueur dès le 1er janvier 2011.

- F. Par décision du 17 janvier 2013, l'effet suspensif au recours a été accordé.
- G. Le 14 février 2013, la recourante a notamment relevé que par circulaire du 20 juin 2011, l'OFSP a demandé à chaque assureur de l'informer sur le tarif de primes appliqué et sur les modifications envisagées. L'OFSP indique qu'il a constaté que certains assureurs accidents soumettaient, lors d'appel d'offres émanant d'administrations publiques, des offres de primes trop basses et non conformes aux risques, offres qui ne répondent ainsi pas aux exigences légales. La recourante a dès lors réitéré sa requête tendant à ce que l'OFSP soit interpellé afin de contrôler la légalité des primes appliquées par l'appelée en cause.
- H. Dans sa prise de position du 14 février 2013, l'appelée en cause a invité la Cour de céans à statuer dans le sens des conclusions prises par l'intimée dans sa prise de position du 11 décembre 2012, avec suite de frais et dépens. Elle conteste l'intégralité des arguments de la recourante, en particulier avoir présenté une offre anormalement basse, dès lors que celle-ci permet de couvrir concrètement tant les frais d'accident et de maladie professionnelle que les frais administratifs. Elle souligne qu'entre le 1^{er} janvier 2011 et le 31 décembre 2012 elle a déjà assuré l'intimée pour la couverture LAA et CLAA, son activité s'étant soldée au 31 décembre 2011 par un bénéfice net, bénéfice qui a été encore plus élevé en 2012. En outre, elle est contrôlée par la FINMA et surveillée sur une base consolidée par l'autorité de surveillance des assurances Elle est la succursale étrangère d'une compagnie d'assurance ... (Y. SA à A.), dont le capital-actions se monte à € 125 mios. Le rapport de gestion annuel de cette compagnie démontre que la situation financière de cette dernière est parfaitement saine et stable. L'appelée en cause conteste pour le surplus que l'intimée ait fait preuve d'arbitraire dans l'appréciation des critères d'adjudication. S'agissant notamment de la note 0 qu'elle a obtenue pour le critère no 4, parce qu'elle n'avait pas fourni l'information relative au service complémentaire de gestion des cas, l'appelée en cause souligne que selon le dossier d'appel d'offres, la note 0 peut être attribuée à un candidat qui n'a pas fourni l'information demandée par rapport à un critère annoncé. Si elle n'a pas fourni les renseignements relatifs au critère no 4, c'est parce que l'intimée était déjà en possession des informations sur sa politique de gestion complémentaire puisqu'elle était assurée auprès d'elle depuis deux ans.
- I. Interpellé par le juge instructeur, l'OFSP a répondu le 6 mars 2013 qu'il n'était pas en mesure de prendre position au sujet de l'aspect conforme ou non conforme des primes proposées, puisqu'il n'avait pas vocation à œuvrer en tant qu'expert lors de procédures judiciaires.
- J. Le juge instructeur a contacté diverses personnes susceptibles de fournir une expertise destinée notamment à établir l'existence éventuelle d'éléments permettant

de penser que l'offre de l'appelée en cause était anormalement basse et, dans cette hypothèse, si elle contrevenait à des prescriptions légales. Le Dr B. s'est déclaré d'accord de réaliser cette expertise. Il a fourni un devis ascendant à CHF 35'000.-.

- K. La recourante a été invitée par le juge instructeur à faire savoir si elle demandait formellement à ce qu'une expertise soit réalisée, étant précisé que dans l'affirmative, il lui incomberait de faire une avance de frais de CHF 35'000.-.

La recourante a répondu le 3 juin 2013 qu'elle ne souhaitait pas qu'une expertise soit requise dans le sens indiqué. Par contre, elle a demandé que l'appelée en cause fournisse divers documents afin de pouvoir vérifier si les taux de prime nets déposés auprès de l'OFSP ont été appliqués correctement et si les données statistiques relatives à la sinistralité historique de l'intimée transmises aux autres assureurs dans le cadre du marché public correspondent à celles utilisées dans le calcul de la tarification d'expérience.

- L. A la demande du juge instructeur, l'appelée en cause a produit diverses pièces et la Cour administrative a tenu une audience en date du 26 septembre 2013 au cours de laquelle elle a entendu les représentants des parties. On reviendra ci-après dans la mesure nécessaire sur les déclarations faites lors de cette audience.

- M. Le 7 octobre 2013, l'intimée a fourni ses remarques finales. La recourante et l'appelée en cause en ont fait de même en date du 17 octobre 2013. Chacune des parties a maintenu ses conclusions précédentes et a confirmé son argumentation antérieure en la complétant en lien avec les nouveaux éléments apportés durant l'instruction du dossier.

On reviendra ci-après, dans la mesure nécessaire, sur l'argumentation présentée par chacune des parties, notamment dans leurs remarques finales.

En droit :

1. La compétence de la Cour de céans découle de l'article 25 al. 1 de la loi concernant les marchés publics (LMP ; RSJU 174.1) et de l'article 60 de l'ordonnance concernant l'adjudication des marchés publics (OAMP ; RSJU 174.11).

Le recours a été déposé dans les formes et délai légaux et la qualité pour recourir de la recourante est manifestement donnée.

2. La recourante prétend que l'offre de l'adjudicataire est anormalement basse.
 - 2.1 La notion d'offre anormalement basse est une notion juridique indéterminée, dont la concrétisation est sujette à un large pouvoir d'appréciation de la part de l'autorité adjudicatrice (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^{ème} éd., 2013, n. 1118). Pendant de nombreuses années, la législation tessinoise exigeait ainsi une analyse plus précise lorsque l'écart entre l'offre la meilleure marché et la suivante était de 15 % (RJN 2008 p. 287 consid. 4a

et la référence). La réglementation en vigueur depuis le 12 septembre 2006 ne prévoit toutefois plus à partir de quel écart il se justifie de requérir des explications du soumissionnaire concerné (cf. art. 47 al. 2 RLCPubb ; RSTI 7.1.4.1.6). Dans le canton du Valais, à teneur de l'article 23 let. g de l'ordonnance sur les marchés publics (RSV 726.100), un soumissionnaire est exclu de la procédure lorsqu'il a déposé une offre qui ne couvre pas le prix de revient. Une offre anormalement basse n'est cependant pas nécessairement illicite et ne doit pas être exclue de ce seul fait. Des explications doivent être requises du soumissionnaire (TF 2C_91/2013 du 23 juillet 2013 consid. 3.3 prévu pour la publication officielle). Une offre comportant des prix anormalement bas qui n'auraient pas été justifiés peut être exclue par l'adjudicateur (art. 51 al 1 let. g OAMP). Ce qui est déterminant, c'est que le soumissionnaire soit en mesure de remplir les conditions de participation et apte à satisfaire aux modalités du marché en question. Si tel n'est pas le cas, le soumissionnaire sera exclu, non en raison du prix très bas mais parce qu'il ne satisfait pas aux critères d'aptitude (ATF 130 I 241 consid. 7.3 ; TF 2P.70/2006 du 23 février 2007 consid. 4.3 et 4.5). En d'autres termes, en cas d'offre anormalement basse, l'adjudicateur est tenu de s'enquérir de la seule capacité du soumissionnaire et non pas de la couverture de ses frais (DUBEY, La pratique judiciaire depuis 2006, in Marchés publics 2008, p.393). Une offre qui ne permet pas de bénéfice n'est pas nécessairement déloyale et illicite. Le soumissionnaire peut avoir plusieurs raisons d'agir ainsi, notamment parce qu'il est en surcapacité, qu'il veut simplement couvrir ses frais fixes, conserver des emplois ou encore pénétrer un nouveau marché (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 1115s). Il est toutefois également possible que l'offre soit anormalement basse pour des motifs ressortissant du droit cartellaire, respectivement de la concurrence déloyale. Une telle offre est illicite et doit être exclue (RJJ 2012 p. 41 et arrêts de la Cour administrative 50 et 51/2011 du 23 août 2012 consid. 3.2 et les références).

- 2.2 Contrairement à ce que prétend l'intimée dans sa prise de position du 17 décembre 2012, la recourante a pris des renseignements actualisés au 28 septembre 2012 pour connaître les salaires déclarés et la sinistralité auprès de C. (cf. PJ 6ss recourante). Elle disposait également des données les plus récentes fournies par l'appelée en cause (cf. PJ 4 recourante). Elle s'est donc fondée sur une situation concrète pour déposer son offre. On ne saurait donc dire, comme le fait l'intimée, que la recourante n'a pas, contrairement à l'appelée en cause, pris des renseignements au sujet de la sinistralité.
- 2.3 Selon la recourante, l'offre de l'appelée en cause serait en particulier incohérente avec le tarif déposé auprès de l'OFSP. L'intimée répond sur ce point qu'elle peut légitimement s'attendre à ce que le tarif ait été validé par l'OFSP et qu'il soit conforme aux règles de la loi fédérale et de l'ordonnance sur l'assurance-accidents. Comme cela a déjà été relevé dans la décision sur l'effet suspensif, l'approbation du tarif des primes n'est pas nécessaire, tant en ce qui concerne les primes pour l'assurance LAA que pour l'assurance complémentaire à la LAA. En effet, le législateur a laissé aux assureurs une grande marge de manœuvre dans l'établissement du tarif des primes LAA. La loi ne fournit à leur intention qu'un cadre légal. Il existait certes autrefois des recommandations de l'Association suisse d'assurance, sur un tarif commun pour les primes en matière d'assurance-accidents

professionnels, mais tel n'est plus le cas aujourd'hui (Jean-Maurice FRESARD/Margit MOSER-SZELESS, L'assurance-accidents obligatoire, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2ème éd., 2007, nos 601 et 612 ; s'agissant de l'assurance complémentaire à la LAA : cf. site internet de la FINMA, www.finma.ch>à propos de la FINMA>activités>assurances>surveillance de l'assurance dommages, site consulté le 17 janvier 2013, dans lequel il est indiqué les cas dans lesquels les tarifs de l'assurance dommages, dont fait partie l'assurance-accidents, sont soumis à approbation).

- 2.4 Il y a lieu d'examiner en premier lieu si l'offre est anormalement basse dans la mesure où elle se rapporte à l'assurance-accident obligatoire.

Il découle de l'article 92 al. 1 LAA que les assureurs fixent les primes en pour-mille du gain assuré ; celles-ci se composent de primes nettes correspondant au risque et de suppléments destinés aux frais administratifs, aux frais de prévention des accidents et des maladies professionnelles et aux allocations de renchérissement qui ne sont pas financées par des excédents d'intérêts. L'article 92 al. 2 1^{ère} phr. LAA prévoit qu'en vue de la fixation des primes pour l'assurance des accidents professionnels, les entreprises sont classées dans l'une des classes du tarif des primes et, à l'intérieur de ces classes, dans l'un des degrés prévus ; le classement tient compte de la nature des entreprises et de leurs conditions propres, notamment du risque d'accidents et de l'état des mesures de prévention. L'article 113 al. 1 OLAA précise à ce sujet que les entreprises ou parties d'entreprises doivent être classées dans les classes et degrés du tarif des primes de telle manière que les primes nettes suffisent selon toute probabilité à couvrir les frais d'accidents et de maladies professionnels d'une communauté de risque. En outre, conformément aux articles 92 al. 7 LAA et 114 OLAA, les suppléments de primes pour frais administratifs sont destinés à couvrir les dépenses ordinaires occasionnées aux assureurs par la pratique de l'assurance-accidents, y compris les dépenses pour des prestations de tiers qui ne servent pas au traitement médical telles que les frais de justice, de conseils et d'expertise.

- 2.4.1 En l'espèce, il ressort du tarif des primes pour l'année 2013 déposé par l'appelée en cause auprès de l'OFSP (tarif identique à celui de l'année 2012, cf. déclarations du représentant de l'appelée en cause), que les écoles normales (Lehrerseminar), catégorie à laquelle appartient l'intimée, figurent dans la classe 77, degré 20 pour l'assurance accidents professionnels (AP) et dans la classe 11, degré 10 pour l'assurance accidents non-professionnels (ANP). Ce tarif détermine également le taux de primes net, le taux de primes destiné à couvrir les frais administratifs, celui relatif à la prévention des accidents et celui destiné à couvrir le renchérissement. Il ressort des pièces au dossier (cf. PJ 1 produite le 1^{er} juillet 2013 par l'appelée en cause ; PJ 5 intimée) que son offre s'écarte du tarif et des classes de risque déposé à l'OFSP.

En effet, ces taux sont les suivants :

Assurance AP :

Taux net : ... (tarif déposé) et ... (tarif appelée en cause)

Taux de frais : ... (tarif déposé) et ... (tarif appelée en cause)

Taux de prévention : ... (tarif déposé) et ... (tarif appelée en cause)

Taux de renchérissement : ... (tarif déposé) et ... (tarif appelée en cause)

Assurance ANP :

Taux net : ... (tarif déposé) et ... (tarif appelée en cause)

Taux de frais : ... (tarif déposé) et ... (tarif appelée en cause)

Taux de prévention : ... (tarif déposé) et ... (tarif appelée en cause)

Taux de renchérissement : ... (tarif déposé) et ... (tarif appelée en cause)

- 2.4.2 L'appelée en cause a expliqué, lors de l'audience tenue par la Cour administrative, qu'elle avait déposé à l'OFSP non seulement le tarif de base, mais également le modèle pour déterminer le tarif d'expérience. Ce modèle est conçu selon trois éléments, à savoir les données du marché suisse en général pour chaque classe de risques, soit ici les écoles normales, les statistiques de l'appelée en cause pour la classe de risques en question et l'expérience propre de l'entreprise concernée. Dans le cas particulier, ce sont dès lors les données de l'intimée qui ont été prises en compte dans le calcul concret. Selon le représentant de l'appelée en cause, les années d'expérience prises en compte pour l'intimée sont suffisantes contrairement à ce que prétend la recourante. En ce qui concerne le risque à long terme, il est fixe dans le modèle de leur tarif d'expérience. Le souscripteur n'a pas le droit de toucher à la partie allouée aux prestations à long terme. Il en a été tenu compte dans la fixation de la prime, contrairement à ce que prétend la recourante. Si la prime exigée est trop basse, l'appelée en cause pourrait faire de la perte. Le représentant de l'appelée en cause a toutefois déclaré que l'assurance ne pouvait pas gagner dans tous les contrats, surtout pas lorsqu'il s'agit d'une assurance sociale, domaine dans lequel on ne peut pas réaliser un bénéfice énorme. Il est tout à fait concevable de subir des pertes sur un contrat. L'offre en cause a été déposée le 15 octobre 2012 (PJ 14 intimée), soit après que l'appelée en cause a reçu une lettre de l'OFSP lui signalant que ses tarifs étaient trop élevés (PJ1 appelée en cause).

De son côté, le représentant de la recourante entendu lors de l'audience de la Cour de céans a relevé que ladite lettre de l'OFSP concernait le résultat global de la branche et pas nécessairement une classe de risque en particulier. Or l'année 2012 a été une année faste sur les marchés financiers. De plus, si une prime est trop basse, le principe de solidarité de l'assurance sociale est mis à mal. La recourante estime qu'une durée de cinq ans pour une tarification d'expérience peut suffire, mais vu la taille de l'intimée, ça ne suffit pas. La recourante conteste en outre que l'on puisse tenir compte de l'année 2012 s'agissant des données de sinistralité à disposition, dès lors que cette année n'était pas complète au moment du dépôt de l'offre. En outre, il n'y avait pour la HEP-BEJUNE que des paiements pour des prestations à court terme. Or les rentes d'invalidité et de décès représentent de l'assurance à long terme et les sinistres évoluent dans le temps, de sorte que l'on doit prendre en compte des provisions pour des rechutes, des cas tardifs, etc. L'offre de l'appelée en cause ne tient ainsi pas compte des prestations à long terme. En ce qui concerne le tarif déposé auprès de l'OFSP, il est valable pour l'ensemble de la classe de risque. On peut y

déroger par une tarification d'expérience, c'est-à-dire prendre en compte la sinistralité individuelle d'un contrat. Il y a toutefois des limites, en fonction de la crédibilité. Ici, compte tenu du faible nombre de données, on ne peut donner une trop grande importance à la sinistralité individuelle.

- 2.4.3 La recourante a produit la circulaire no 28 du 20 juin 2011 de l'OFSP (PJ 12 du 14 février 2013) se rapportant aux tarifs de primes propres à chaque compagnie.

Il ressort notamment de cette circulaire que l'OFSP a constaté que certains assureurs-accidents soumettaient, lors d'appel d'offres émanant d'administrations publiques, des offres de primes trop basses et non conformes aux risques, qui ne répondent donc pas aux exigences légales. Certains contrats contenant des primes fixées de manière non conformes au droit ont été conclus et sont déjà en vigueur. Cela signifie que les assureurs concernés sont conscients de travailler à perte. L'OFSP se réserve ainsi le droit de contester la validité de tels contrats non conformes à la loi. Il déclare avoir l'intention, avec le concours des assureurs, d'émettre des recommandations applicables aux appels d'offres des administrations publiques. L'OFSP indique en conclusion qu'il fixera, dans une circulaire à l'intention des assureurs-accidents, les règles à observer vu qu'une application correcte des règles de tarification fondée sur l'expérience n'est possible que sur la base des données fiables et structurées de manière uniforme de l'assureur précédent.

Il ne paraît pas que dans ses circulaires ultérieures concernant l'assurance-accident, éditées sur le site Internet de l'OFSP, ce dernier ait émis la circulaire dont il fait mention dans sa circulaire no 28.

De son côté, l'appelée en cause a produit une lettre que l'OFSP lui avait adressée le 18 septembre 2012 (PJ 1 appelée en cause). Dans ce courrier, qui se rapporte aux états comptables de l'appelée en cause pour l'assurance-accidents en 2011, l'OFSP invite l'appelée en cause à baisser immédiatement ses primes, au vu des bénéfices réalisés par rapport aux primes nettes et eu égard à l'exigence de l'article 92 LAA.

- 2.4.4 Il ressort des pièces au dossier que pour établir son offre, l'appelée en cause a pris en compte les renseignements fournis par C., qui avait assuré précédemment l'intimée. Ces renseignements portent sur les années 2006 (dès le 1^{er} août) à 2010, actualisés au 3 décembre 2010 (PJ 12 intimée). Ils font apparaître les paiements effectués jusque là et les provisions. L'appelée en cause a également tenu compte des montants qu'elle avait elle-même payés et réservés depuis qu'elle assure l'intimée en LAA, soit depuis le 1^{er} janvier 2011 jusqu'au 21 août 2012 (PJ 10 et 11 intimée). Compte tenu du bénéfice réalisé en 2011 dans le cadre du contrat conclu avec l'intimée pour la LAA, l'appelée en cause a baissé les primes pour l'année 2012. Le bénéfice réalisé cette année là a toutefois été encore plus important que l'année précédente (cf. PJ 2 appelée en cause). Il y a lieu de relever que l'on ne voit pas pourquoi l'appelée en cause ne pouvait pas tenir compte, pour la fixation des primes LAA, de la sinistralité du mois de janvier au mois d'août 2012, comme le prétend la recourante. En effet, un calcul au prorata pouvait parfaitement être effectué pour l'année 2012.

Pour la recourante, la durée des années d'expérience est trop brève et l'appelée en cause a sous-estimé le cours individuel des sinistres de la HEP-BEJUNE. En outre, s'agissant de la prise en compte du cours collectif des sinistres, dans le modèle de la tarification d'expérience, la recourante arrive à la conclusion que le modèle de l'appelée en cause donne des résultats surprenants. Sur ces différents points, la Cour n'a toutefois pas de moyens de vérifier le bien-fondé de ces allégations, dans la mesure où la recourante n'a pas voulu avancer les frais de l'expertise qui auraient permis, notamment, de clarifier cette question. Il y a lieu d'observer cependant que l'appelée en cause a tenu compte d'une période de plus de plus de six ans et demi pour les années d'expérience.

Compte tenu de l'injonction de l'OFSP donnée à l'appelée en cause de réduire ses primes LAA, de la sinistralité de la HEP-BEJUNE d'août 2006 à août 2012 et des autres éléments évoqués ci-dessus que l'appelée en cause a pris en compte pour la fixation de ses primes, il était parfaitement admissible que cette dernière s'écarte, comme elle l'a fait dans son offre, du tarif déposé à l'OFSP.

- 2.4.5 Selon la recourante, les frais de gestion représentent le 8 % du taux de prime net dans l'offre de l'appelée en cause, alors que selon les assureurs cette rémunération devrait s'élever entre 3 et 5 % de la prime finale.

Il ressort de la composition du taux de prime de l'appelée en cause (cf. PJ 5 intimée ch. 9.2) que le 8 % du taux de prime net représente un montant de CHF ... (0.03 ‰ (AP) + 0.49 ‰ (ANP) x ...). Le 5 % de la prime finale (AP + ANP) représente CHF ... (5% de ...). Or, il s'agit là d'un montant inférieur à celui demandé par l'appelée en cause.

- 2.4.6 Il suit de ce qui précède que la Cour administrative ne saurait considérer, sur la base de l'administration des preuves effectuée, que l'offre de l'appelée en cause est anormalement basse. Au demeurant, ce qui est déterminant, comme on l'a vu ci-dessus (cf. consid. 2.1), c'est que le soumissionnaire soit en mesure de remplir les conditions de participation et apte à satisfaire aux modalités du marché en question. En d'autres termes, il appartient à l'adjudicateur de s'enquérir de la seule capacité du soumissionnaire et non pas de la couverture de ses frais. Or, l'appelée en cause est la succursale suisse d'une importante compagnie d'assurance ... dont le capital-actions se monte à € 125 millions. Elle est autorisée par la FINMA à exploiter diverses branches d'assurances dont l'assurance-accident. Elle est à jour dans le paiement des cotisations sociales et des charges fiscales et fait l'objet d'une surveillance d'un point de vue prudentiel (solvabilité, liquidités et grands risques) sur une base consolidée par l'autorité de surveillance des assurances ... comme elle le relève dans sa prise de position du 14 février 2013 (cf. PJ 3 à 8 appelée en cause).

- 2.5 Il y a lieu d'examiner en second lieu si l'offre se rapportant à l'assurance-accident complémentaire est anormalement basse comme la recourante l'a prétendu au ch. 7 de son recours.

Contrairement à l'assurance-accident, dont les primes doivent respecter les dispositions de la LAA et de l'OLAA évoquées ci-dessus, l'assurance-accident complémentaire, fondée sur la LCA, est de nature privée, de sorte que, comme le relève à juste titre l'appelée en cause, la compagnie d'assurance est libre de déterminer le montant de ses primes compte tenu du principe de la liberté contractuelle. Lors de l'audience de la Cour administrative, le représentant de la recourante a au demeurant déclaré qu'il n'avait pas grand chose à dire concernant l'assurance complémentaire.

En règle générale, l'autorité de recours n'a pas à examiner d'office si la décision attaquée s'avère correcte sur tous les aspects entrant en ligne de compte. En vertu du principe d'allégation (Rügeprinzip), l'examen de l'autorité de recours porte essentiellement sur les griefs formulés par le recourant (BROGLIN, Manuel de procédure administrative jurassienne, 2009, no 350 et la jurisprudence citée). Dès lors que la recourante n'a pas motivé plus avant en quoi l'offre de l'appelée en cause serait anormalement basse, s'agissant de l'assurance-accident complémentaire, il n'y a pas lieu d'examiner si tel est bien le cas en l'espèce. Au demeurant, même si tel était le cas, cela ne serait pas déterminant pour les motifs indiqués ci-dessus (cf. consid. 2.4.6), dès lors que l'appelée en cause serait néanmoins apte à satisfaire aux modalités du marché en question.

- 2.6 Si l'offre de l'appelée en cause était anormalement basse, ce qui n'a pas été établi par l'administration des preuves effectuée par la Cour, il y aurait lieu de voir encore si c'est pour des motifs ressortissant du droit cartellaire, respectivement de la concurrence déloyale (cf. consid. 2.1 in fine ci-dessus). Toutefois, la recourante ne formule aucun grief précis à ce sujet et aucun élément au dossier ne permet d'arriver à une telle conclusion.

3.

- 3.1 Dans son recours, la recourante relève que l'appelée en cause a obtenu la note 0 concernant le critère no 4, alors que tous ses concurrents ont été évalués à 3 et plus. Or, le fait d'obtenir la note 0 équivaut à dire que soit le candidat n'a pas fourni l'information demandée par rapport à un critère annoncé, ce qui devrait le pénaliser, soit que le contenu du dossier ou de l'offre ne correspond pas du tout aux attentes de l'adjudicateur par rapport au marché à exécuter, soit encore que par comparaison avec les autres candidats, ce candidat est jugé moins bon sur certains aspects. La recourante en déduit, qu'avec les autres éléments évoqués dans son recours, l'appelée en cause n'est pas en mesure d'exécuter le marché aux conditions offertes.

Dans sa prise de position du 10 décembre 2012, l'intimée relève que si la note 0 a été attribuée à l'appelée en cause pour le critère no 4 (service complémentaire de gestion des cas), cela ne remet pas en cause la bonne exécution du marché mais plutôt la qualité des services complémentaires que pourrait faire valoir la soumissionnaire. Dans le cas présent, l'appelée en cause est déjà l'assureur de l'intimée depuis deux ans. Toutefois, malgré cela, l'intimée a décidé de ne pas tenir compte de cet élément et de mettre la note 0, car l'appelée en cause n'a pas fourni l'information demandée par rapport au critère annoncé. La note 0 ne sanctionne donc

pas une offre qui ne correspond pas aux attentes de l'adjudicateur par rapport au marché à exécuter ou encore une offre qui serait moins bonne comparée à celle des autres candidats. L'intimée pouvait donc se passer de ce critère, faute d'informations reçues, pour juger de l'offre sur les autres critères, sans que cela puisse lui être reproché.

De son côté, l'appelée en cause, dans sa détermination du 14 février 2013, relève elle aussi que l'intimée était déjà en possession des informations sur sa politique de gestion complémentaire puisqu'elle était assurée auprès d'elle depuis deux ans. Elle a dès lors jugé inutile de soumettre une nouvelle fois à l'intimée les renseignements relatifs au critère no 4. Mal lui en a pris, vu que l'intimée lui a attribué la note 0 pour ne pas avoir fourni les informations requises.

- 3.2 Il ressort du dossier d'appel d'offres que le barème des notes est de 0 à 5. Le fait qu'un candidat reçoive la note 0 ne signifie pas que le candidat soit mauvais. Cela peut définir une note attribuée soit à un candidat qui n'a pas fourni l'information demandée par rapport à un critère annoncé, soit à un candidat dont le contenu du dossier ou de l'offre ne correspond pas du tout aux attentes de l'adjudicateur par rapport au marché à exécuter. Cela peut également signifier que, par comparaison avec les autres candidats, ce candidat est jugé moins bon sur certains aspects (cf. ch. 5.9 des conditions du marché, PJ 14 intimée).

Les explications de l'intimée et de l'appelée en cause permettent manifestement d'admettre que si la note 0 a été attribuée à l'appelée en cause pour ce critère, ce n'est pas parce que cette dernière était mauvaise s'agissant du service complémentaire de gestion des cas ou que, sur ce point, l'offre ne correspondait pas du tout aux attentes de l'adjudicataire par rapport au marché à exécuter. En effet, l'intimée connaissait depuis le 1^{er} janvier 2011 les capacités de l'appelée en cause à ce sujet, vu qu'elle était assurée auprès de cette dernière dans le domaine de l'assurance-accidents. La note 0 reçue par l'appelée en cause pour ce critère signifie dès lors uniquement que celle-ci n'a pas fourni l'information demandée. Par ailleurs, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'elle devait fournir sur ce point un document dont l'absence aurait constitué un motif d'élimination.

Ce grief de la recourante doit dès lors être rejeté.

Pour le surplus, la recourante ne prétend pas que, s'agissant des autres critères, en particulier les critères 2 et 3 qu'elle évoque au chiffre 11 de son recours, l'intimée aurait abusé ou excédé le large pouvoir d'appréciation qui doit lui être reconnu en la matière.

4. Il suit de ce qui précède que le recours doit être rejeté.
5. La recourante qui succombe doit prendre à sa charge les frais de la procédure (art. 219 al. 1 Cpa). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimée, en vertu de l'article 230 al. 1 Cpa. Au demeurant, l'intimée n'a pas fait appel à un mandataire extérieur (cf. art.

230 al. 2 Cpa). L'appelée en cause, elle, a droit à la prise en charge de ses dépens par la recourante qui succombe (cf. art. 227 al. 1 Cpa).

PAR CES MOTIFS

LA COUR ADMINISTRATIVE

rejette

le recours ;

met

les frais de la procédure par CHF 5'000.- à la charge de la recourante, ce montant étant prélevé, à concurrence de CHF 1'800.-, sur le montant de l'avance encore disponible ;

alloue

à l'appelée en cause une indemnité de dépens de CHF 8'000.- (débours et TVA compris) à payer par la recourante;

n'alloue pas

de dépens à l'intimée ;

informe

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

ordonne

la notification du présent arrêt :

- à la recourante, X. SA ;
- à l'intimée, la Haute école pédagogique BEJUNE, Service de l'administration et des finances, Rue du Banné 23, 2900 Porrentruy ;
- à l'appelée en cause, par son mandataire, Me Thierry Amy, avocat à Lausanne;
- à la Commission de la concurrence, Monbijoustrasse 43, 3003 Berne ;
- à l'Office fédéral de la santé publique, Case postale, 3003 Berne ;
- à la FINMA, Einsteinstrasse 2, 3003 Berne.

Porrentruy, le 21 novembre 2013

AU NOM DE LA COUR ADMINISTRATIVE**Le président :****La greffière :**

Pierre Broglin

Nathalie Brahier

Communication concernant les moyens de recours :

*Le présent arrêt peut faire l'objet, **dans les trente jours** suivant sa notification, d'un recours au Tribunal fédéral. Le recours en matière de droit public s'exerce aux conditions des articles 82 ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF - RS 173.110), le recours constitutionnel subsidiaire aux conditions des articles 113 ss LTF. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14; il doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit. Si le recours n'est recevable que s'il soulève une question juridique de principe, il faut exposer en quoi l'affaire remplit cette condition. Les pièces invoquées comme moyens de preuve doivent être jointes au mémoire, pour autant qu'elles soient en mains de la partie; il en va de même de la décision attaquée.*