



Présidente : Sylviane Liniger Odiet
Juges : Pierre Broglin et Philippe Guélat
Greffière : Gladys Winkler Docourt

ARRET DU 6 FEVRIER 2013

en la cause liée entre

X. SA,

- représentée par **Me Richard Calame**, avocat à Neuchâtel,

recourante,

et

la Commune de la Haute-Sorne, par son Conseil communal, 2854 Bassecourt,

- représentée par **Me Jean-Marie Allimann**, avocat à Delémont,

intimée,

relative à la décision d'adjudication de la Commune d'Undervelier du 18 septembre 2012 (sécurisation de la traversée du village d'Undervelier).

Appelée en cause : Y.

Vu la décision de la Commune d'Undervelier du 13 septembre 2012 (dossier p. 39), communiquée par le bureau d'ingénieurs en charge du projet le 18 septembre 2012, par laquelle elle attribue les travaux de génie civil de sécurisation de la traversée du village à Y, pour un montant de CHF 119'888.70 TTC, attendu qu'il s'agit de l'offre économiquement la plus avantageuse ; X obtient le deuxième rang ;

Vu le recours formé contre cette décision par X (ci-après la recourante) le 1^{er} octobre 2012, concluant à son annulation et à titre principal, à ce que le marché lui soit attribué pour le montant de CHF 134'361.20 TTC, à titre subsidiaire, à ce que la cause soit renvoyée au pouvoir adjudicateur pour décision au sens des considérants, sous suite des frais et dépens ; à titre préalable, la recourante demande la restitution de l'effet suspensif au recours ; pour l'essentiel, la recourante relève que les statuts de l'adjudicataire sont datés du 3 septembre

2012 et que cette dernière a été inscrite au Registre du commerce le 10 septembre 2012 ; il s'ensuit que l'adjudicataire n'existait pas avant le 10 septembre 2012, et en particulier qu'elle n'avait pas la personnalité juridique au moment du dépôt de l'offre ; elle ne remplissait dès lors pas les critères d'aptitude légaux et devait ainsi être exclue de la procédure ; en outre, dans ces circonstances, le pouvoir adjudicateur ne pouvait ni s'assurer ni admettre que l'adjudicataire était en mesure d'assurer la responsabilité technique et financière du marché ; au contraire, la recourante, qui est bien implantée dans la région et qui y a déjà exécuté de nombreux chantiers, remplit tous les critères d'aptitude, si bien que le marché doit lui être attribué ;

Vu l'ordonnance de la présidente de la Cour de céans du 2 octobre 2012 par laquelle elle appelle en cause Y, dit à titre superprovisionnel que jusqu'à droit connu sur la question de l'effet suspensif, la procédure d'adjudication est suspendue ; en outre, le contrat ne pourra pas être conclu avec l'adjudicataire ;

Vu la réponse de l'intimée du 18 octobre 2012, qui conclut au rejet du recours, sous suite des frais et dépens ; elle s'oppose en outre à l'octroi de l'effet suspensif ; elle souligne en substance qu'elle ne dispose que de faibles moyens financiers et que l'adjudicataire a présenté l'offre la plus avantageuse, respectivement la meilleure marché ; par ailleurs, Z, membre fondateur de l'adjudicataire, est une personnalité connue dans le domaine de la construction, disposant de vingt-huit années d'expérience professionnelle ; les collaborateurs de l'entreprise disposent eux aussi d'une expérience considérable dans le génie civil ; s'agissant de l'obligation du soumissionnaire d'être inscrit au Registre du commerce, exigence dont l'importance doit du reste être relativisée en vertu du principe de proportionnalité, la loi cantonale sur les marchés publics ne précise pas à quel moment les conditions d'inscription doivent être remplies ; il est toutefois logique que cette exigence doit être réalisée au moment de la conclusion du contrat, ce qui sera le cas en l'espèce ;

Vu la détermination de l'appelée en cause du 18 octobre 2012, qui conclut au rejet du recours et se rallie aux considérations de l'intimée ; elle souligne que par courrier du 25 juillet 2012, elle a informé l'ensemble des autorités de la création de l'entreprise ; la recourante était au courant de la situation, puisque les deux entreprises étaient en concurrence sur d'autres chantiers ; l'appelée en cause est par ailleurs parfaitement à même d'exécuter les travaux litigieux, qui représentent pour elle une opportunité plus qu'importante, alors que la recourante, entreprise d'envergure internationale, peut s'en passer ;

Vu la prise de position de la recourante du 2 novembre 2012 ; elle relève qu'au vu du dossier, il est manifeste que l'intimée a pris sa décision le 13 septembre 2012 déjà, sans disposer de tous les éléments nécessaires à propos des infrastructures et moyens à disposition de l'appelée en cause, puisque Y a envoyé des documents relatifs à son organisation, aux capacités et disponibilité du personnel et à la liste de ses machines le jour en question ; elle requiert par ailleurs la production par l'intimée du procès-verbal de la séance lors de laquelle elle a adjugé les travaux dans son entier, en original ou une copie certifiée conforme, afin de déterminer le moment exact de la décision ;

Vu la lettre de l'intimée du 8 novembre 2012, à laquelle elle joint un extrait conforme du procès-verbal de la séance du 13 septembre 2012 ;

Vu la détermination de la recourante du 14 novembre 2012, qui exige l'original ou une copie conforme du procès-verbal en question ;

Vu la décision de la présidente de la Cour de céans du 19 novembre 2012, par laquelle elle accorde l'effet suspensif au recours ;

Vu les remarques finales de la recourante du 10 décembre 2012 ; elle souligne que ses remarques se limitent à la question de l'exclusion de la procédure de l'appelée en cause en raison de sa non-inscription au Registre du commerce au moment du dépôt de son offre ; elle souligne que cette exigence, qui s'applique à tout soumissionnaire, ne représente pas une exigence disproportionnée, respectivement revêtant un formalisme excessif ; elle poursuit par ailleurs un intérêt digne de protection, puisqu'elle vise à permettre de constater et de rendre notoires les rapports juridiques qui présentent un intérêt dans les relations d'affaires ; le moment déterminant pour la réalisation de cette exigence est celui du dépôt de l'offre, en vertu des principes d'égalité de traitement et de concurrence loyale entre les soumissionnaires ; le vice en question ici n'est ni corrigible ni réparable ;

Vu les remarques finales de l'intimée du 10 décembre 2012 ; elle relève que si l'on procède à une analyse logique de la situation dans son ensemble, elle pouvait légitimement considérer que l'appelée en cause serait inscrite au Registre du commerce au moment de la sélection de la meilleure offre le 3 septembre 2012 (recte : 13 septembre 2012) ; c'est sur cette base que l'appelée en cause a été invitée à participer à la procédure et la problématique de l'inscription tardive de l'appelée en cause ne s'est pas réellement posée, puisque le bureau d'ingénieurs a été informée de son inscription au Registre du commerce le 12 septembre 2012, alors que la décision d'adjudication n'a été communiquée (recte : prise) que le lendemain ; l'inscription au Registre du commerce revêt une importance secondaire et accessoire ; écarter l'offre de l'appelée en cause, respectivement annuler la décision pour ce motif constituerait du formalisme excessif, d'autant que le défaut d'inscription a été réparé très rapidement ; le prix représentait ici l'élément déterminant de la décision ;

Vu que l'appelée en cause ne s'est pas exprimée dans le délai imparti ;

Attendu que la compétence de la Cour de céans découle des articles 25 al. 1 LMP et 64 al. 2 de l'ordonnance concernant l'adjudication des marchés publics (OAMP ; RSJU 174.11) ;

Attendu que, suite à la naissance de la Commune de la Haute-Sorne le 1^{er} janvier 2013, résultant de la fusion des communes de Bassecourt, Courfaivre, Glovelier, Soulce et Undervelier (cf. arrêté portant approbation de la fusion entre les communes de Bassecourt, Courfaivre, Glovelier, Soulce et Undervelier, JO 2012 p. 502), il y a lieu de procéder à une mutation de partie (art. 14 Cpa), la Commune de la Haute-Sorne reprenant les droits et obligations des anciennes communes (cf. art. 70 de la loi sur les communes, RSJU 190.11) ;

Attendu que les critères d'aptitude visent à circonscrire les exigences posées aux soumissionnaires pour s'assurer qu'ils sont en mesure d'accomplir les prestations requises (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 1. Band, 2^{ème} éd., 2007, n. 362) ; l'article 35 al. 2 OAMP précise que les critères d'aptitude répondent en tous les cas aux exigences minimales fixées par la loi ;

Attendu que les documents d'appel d'offres ne précisent rien à propos des critères d'aptitude, si bien qu'on doit admettre que les seuls critères topiques sont les critères légaux (cf. également art. 36 OAMP, qui mentionne qu'en procédure sur invitation ou de gré à gré, l'adjudicateur peut renoncer à définir des critères d'aptitude) ; or il va de soi que les soumissionnaires doivent respecter les obligations découlant de la loi (cf. OLIVIER RODONDI, *La gestion de la procédure de soumission – Questions choisies*, en particulier les délais, *Marchés publics* 2008 p. 164, n. 2) ;

Attendu à cet égard que selon l'article 21 al. 2 LMP, le soumissionnaire doit au moins remplir les conditions suivantes : a) déployer son activité principale en rapport avec les prestations demandées; b) être solvable et s'acquitter régulièrement des contributions publiques; c) être inscrit au Registre du commerce; d) respecter la législation sur les conditions de travail au lieu de l'exécution de la prestation; e) respecter les dispositions des conventions collectives de travail ou, à défaut, les usages de la branche en vigueur au lieu d'exécution; f) respecter l'égalité de traitement entre femmes et hommes ; cette disposition ne prévoit aucune hiérarchie entre les différentes conditions, de sorte que l'inscription au Registre du commerce ne saurait être considérée comme un critère accessoire d'importance moindre par rapport à ceux qui figurent aux lettres a, b, et d à f, contrairement à ce que prétend l'intimée ; la loi ne précise cependant rien quant au moment auquel ces exigences doivent être réalisées ;

Attendu que la procédure en question était une procédure sur invitation, lors de laquelle il n'appartient pas au soumissionnaire de démontrer son aptitude, mais au pouvoir adjudicateur d'en juger ; celui-ci ne saurait inviter un candidat dont il sait à l'avance qu'il ne satisfait pas aux critères de qualification fixés (RICHARD CALAME, *Le développement des procédures sur invitation*, DC 2006 p. 52ss [cahier spécial], n. 11) ; lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas procédé avec soin au choix des entreprises invitées et n'a pas suffisamment examiné la question de leur aptitude, il est douteux qu'une décision d'exclusion se justifie dans tous les cas ; quoi qu'il en soit, le soumissionnaire invité n'a en principe pas à compter avec le fait que son aptitude soit remise en question (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, *op. cit.*, n. 397) ; toutefois, si le défaut d'aptitude apparaît ultérieurement en cours de procédure, le soumissionnaire en cause doit être exclu (RICHARD CALAME, *op. cit.*, n. 11) ;

Attendu en outre qu'il y a violation du principe de l'égalité de traitement et de la transparence lorsque l'aptitude d'un soumissionnaire n'est pas examinée du tout ou ne l'est pas correctement (JAAC 2004 no 10 p. 112 consid. 2b/aa) ;

Attendu qu'en l'espèce, l'adjudicataire a été invitée le 20 août 2012 à déposer une offre jusqu'au 3 septembre 2012 ; l'intimée considérait de toute évidence qu'elle disposait des capacités requises, se fondant sur le courrier du 25 juillet 2012 qui indiquait que la société serait opérationnelle dès le 1^{er} septembre 2012 ; le pouvoir adjudicateur, ainsi qu'il le relève

du reste dans sa prise de position du 10 décembre 2012, pouvait ainsi s'attendre à ce que tous les critères légaux soient réalisés à cette date, y compris l'inscription au Registre du commerce ;

Attendu que les conditions de participation et l'aptitude des candidats doivent exister au moment du dépôt des offres, lors de l'adjudication et même au-delà (DENIS ESSEIVA, DC 2/2005 p. 75, note ad S16) ; les critères d'aptitude représentent des motifs d'exclusion lorsqu'ils ne sont pas remplis (MOSER/GALLI/LANG/CLERC, op. cit., n. 372) ;

Attendu que dans la mesure où l'appelée en cause n'était pas inscrite au Registre du commerce le 3 septembre 2012, date du délai de dépôt des offres, elle ne remplissait pas les exigences de l'article 21 LMP ;

Attendu toutefois que pour les critères d'aptitude qui ont trait non pas à l'offre mais au soumissionnaire exclusivement, il est possible de démontrer qu'ils sont satisfaits après l'échéance du délai pour déposer les offres, sauf si la loi ou les conditions de l'appel d'offres en disposent autrement (CLÉMENCE GRISEL RAPIN/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Jurisprudence choisie du canton du Tessin en matière de marchés publics depuis 2006, in DC 2012 p. 33ss (S25 consid. 3)) ;

Attendu qu'en l'espèce, la loi et les conditions de l'appel d'offres sont muettes à ce sujet, de sorte que l'inscription au Registre du commerce ne devait pas impérativement être opérée avant l'échéance du délai pour déposer l'offre ;

Attendu au surplus que les offres non conformes aux conditions de l'appel d'offres ne sont en principe pas exclues lorsque le vice n'influence pas le résultat de la procédure d'adjudication et qu'il n'est pas d'une certaine importance, auquel cas l'exclusion violerait le principe de la proportionnalité et de l'interdiction du formalisme excessif (TAF B-3158/2011 du 4 octobre 2011, in DC 2012 p. 115 (S130) ; cf. également OLIVIER RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in RDAF 2001 I p. 387, p. 394 ; le même, La gestion de la procédure de soumission, n. 64ss) ;

Attendu que le principe de proportionnalité est toutefois déterminant ; ainsi, le non-paiement des contributions publiques, notamment des impôts et des cotisations sociales, ne constitue un motif d'exclusion que lorsqu'il représente une certaine gravité ; tel n'est pas le cas d'une procédure pénale fiscale en cours en raison de la présomption d'innocence (MOSER/GALLI/LANG/CLERC, op. cit., n. 294 et la référence) ; de même, le non-respect des conditions de travail n'impose pas ipso facto l'exclusion de la procédure d'un soumissionnaire, et cela même si la loi prévoit en principe cette sanction pour toute violation (MOSER/GALLI/LANG/CLERC, op. cit., n. 318) ;

Attendu qu'au vu de ce qui précède, en tout état de cause, il serait disproportionné d'exclure l'appelée en cause de la procédure pour le seul motif qu'elle n'aurait pas été inscrite au Registre du commerce au moment du dépôt de son offre, d'autant qu'elle était inscrite au moment de la décision et qu'il s'agit là d'un critère ayant trait non pas à l'offre mais au soumissionnaire ;

Attendu que dès lors qu'il est admis que l'appelée en cause ne devait pas être exclue du seul fait de sa non-inscription au Registre du commerce au moment du dépôt de son offre, tous les arguments de la recourante y relatifs doivent être rejetés, notamment s'agissant du fait que son offre aurait été conditionnelle et non pas ferme, qu'elle aurait fourni de faux renseignements au pouvoir adjudicateur ou encore qu'elle était inexistante lorsqu'elle a été invitée ; il faut ici rappeler que selon l'article 645 al. 1 CO, les actes faits au nom de la société avant l'inscription entraînent la responsabilité personnelle et solidaire de leurs auteurs ; lorsque des obligations expressément contractées au nom de la future société ont été assumées par elle dans les trois mois à dater de son inscription, les personnes qui les ont contractées en sont libérées, et la société demeure seule engagée (art. 645 al. 2 CO) ;

Attendu que le cas échéant, le pouvoir adjudicateur peut révoquer sa décision d'adjudication lorsque l'adjudicataire ne respecte pas les conditions de l'adjudication lors de l'exécution du contrat ou qu'un motif d'exclusion de l'article 51 OAMP est découvert après l'adjudication (art. 69 OAMP) ;

Attendu qu'il faut par ailleurs relever que l'expérience en tant que telle n'est pas à proprement parler un critère d'aptitude pour le marché en question ; en effet, ainsi que cela a déjà été souligné, le prix constitue le seul critère mentionné par les documents d'appel d'offres, les prestations à réaliser n'étant pas particulièrement complexes ; l'article 21 LMP n'oblige pas le soumissionnaire à disposer d'expériences antérieures dès lors qu'il est à même d'effectuer les prestations demandées et d'en assumer la responsabilité technique et financière ;

Attendu en outre que les compétences des personnes davantage que de la société en elle-même sont déterminantes, à défaut de quoi l'accès au marché des nouveaux concurrents serait pratiquement impossible, ce qui apparaît difficilement compatible avec les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et de concurrence efficace garantis par l'article 11 AIMP (MOSER/GALLI/LANG/CLERC, op. cit., n. 367 et la référence) ;

Attendu à cet égard que Z, administrateur et directeur de l'appelée en cause, est actif dans la construction depuis près de trente ans et qu'il a travaillé pendant de nombreuses années comme directeur d'une autre entreprise de construction ; l'appelée en cause a également remis son organigramme complet et la liste de ses machines à l'intimée, qui a sur cette base considéré qu'elle était apte à effectuer les prestations requises ;

Attendu qu'en matière de marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'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 (MOSER/GALLI/LANG/CLERC, op. cit., n. 919 ; décision du président de la Cour administrative eff. susp. 69/2012 du 12 octobre 2012 et les références) ; on ne saurait par conséquent invalider la décision au motif que l'appelée en cause ne serait pas apte à réaliser les travaux litigieux ;

Attendu finalement qu'on doit admettre que l'intimée disposait de tous les documents fournis par l'appelée en cause lorsqu'elle a pris sa décision le 13 septembre 2012 ; la feuille de transmission du bureau d'ingénieurs en charge du dossier à l'intimée est certes datée du 13 septembre 2012 ; sauf à admettre que l'intimée aurait statué sans aucun document, ce qui n'apparaît guère crédible, il faut retenir que les documents lui ont été remis en mains propres, et non pas par le biais de la Poste ; cette interprétation est corroborée par l'extrait du procès-verbal de l'intimée, dont il ressort que l'appelée en cause a fourni l'offre la plus avantageuse et qu'elle s'engage à réaliser les travaux entre la mi-octobre et la fin novembre 2012 ;

Attendu qu'il suit de ce qui précède qu'aucun des griefs de la recourante n'est admis ; le recours doit ainsi être rejeté ;

Attendu que la recourante qui succombe doit prendre à sa charge les frais de la procédure (art. 219 al. 1 Cpa) ; elle a toutefois obtenu gain de cause sur sa requête à fin de restitution de l'effet suspensif, alors que l'intimée et l'appelée en cause s'y opposaient ; il convient ainsi de mettre les frais de cette partie de la procédure, qui ont été joints au fond dans le cadre de la décision ADM 99/2012 du 19 novembre 2012, à charge de l'intimée, dès lors que l'effet suspensif a été octroyé essentiellement en mettant en balance l'intérêt de la recourante à une protection juridique efficace et l'intérêt de l'intimée à pouvoir commencer les travaux immédiatement (art. 220 al. 1 Cpa) ;

Attendu que la recourante a dès lors également droit et pour les mêmes motifs à une contribution à ses dépens, à verser par l'intimée (art. 227 al. 1 Cpa), pour le travail de son mandataire se rapportant à l'effet suspensif ; pour les mêmes motifs que ceux relatifs à la répartition des frais, il n'y a pas lieu de mettre une partie de cette indemnité à la charge de l'appelée en cause (cf. art. 229 Cpa) ;

Attendu que l'intimée a toutefois recouru à un mandataire professionnel, de sorte qu'elle a droit à des dépens (cf. art. 230 al. 2 Cpa dont les conditions sont réalisées), lesquels doivent être pris en charge par la recourante qui succombe (art. 227 al. 1 Cpa) et taxés conformément à l'ordonnance fixant le tarif des honoraires d'avocat (RSJU 188.61) ; il se justifie toutefois de réduire l'indemnité de dépens qu'elle réclame pour tenir compte du rejet de sa conclusion au sujet de l'effet suspensif, et de compenser les dépens pour le surplus ;

**PAR CES MOTIFS
LA COUR ADMINISTRATIVE**

rejette

le recours ;

met

les frais de la procédure, par CHF 3'000.-, à prélever sur l'avance de la recourante, pour les deux tiers à sa charge et pour le tiers, soit CHF 1'000.-, à charge de l'intimée qui les remboursera à la recourante ;

alloue

à l'intimée une indemnité de dépens de CHF 4'000.-, à verser par la recourante, les dépens étant compensés pour le surplus ;

informe

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

ordonne

la notification du présent arrêt :

- à la recourante, par son mandataire, Me Richard Calame, avocat à Neuchâtel ;
- à l'intimée, par son mandataire, Me Jean-Marie Allimann, avocat à Delémont ;
- à l'appelée en cause, Y ;
- à la Commission fédérale de la concurrence, Monbijoustrasse 43, 3003 Berne.

Porrentruy, le 6 février 2013

AU NOM DE LA COUR ADMINISTRATIVE**La présidente :****La greffière :**

Sylviane Liniger Odiet

Gladys Winkler Docourt

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.