



RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA
TRIBUNAL CANTONAL

COUR ADMINISTRATIVE

ADM 42 / 2013

Présidente : Sylviane Liniger Odiet
Juges : Pierre Broglin, Daniel Logos, Philippe Guélat et Jean Moritz
Greffière : Gladys Winkler Docourt

ARRET DU 27 SEPTEMBRE 2013

en la cause liée entre

X SA,

recourante,

et

le Gouvernement de la République et Canton du Jura, Hôtel du Gouvernement, Rue de l'Hôpital 2, 2800 Delémont,

intimé,

relative à la décision d'adjudication de l'intimé du 9 avril 2013.

CONSIDÉRANT

En fait :

- A. Par décision du 9 avril 2013, le Gouvernement de la République et Canton du Jura a adjugé le mandat de gestion de son portefeuille d'assurances à Y SA pour le montant de CHF 90'000.- dans le cadre d'une procédure ouverte de marché public ayant fait l'objet d'un appel d'offres dans le Journal officiel du 23 janvier 2013.

- B. Le 24 avril 2013, X SA a recouru contre cette décision, concluant à la réparation de son préjudice lié à la perte de ce marché, soit 5% de la valeur de ce dernier. Elle soulève différents griefs à l'encontre de la décision attaquée. Toutefois, compte tenu de l'importance du marché et des travaux conséquents qu'engendrent rapidement le marché pour l'adjudicateur, elle précise qu'elle ne veut pas, par sa démarche, pénaliser les intérêts des quelque 3'000 employés sous contrat avec l'adjudicateur, mais uniquement défendre ses intérêts légitimes. Elle laisse ainsi le soin à l'autorité de recours de déterminer si l'effet suspensif doit être requis pour éviter la conclusion du contrat.
- C. Par décision du 25 avril 2013, la présidente de la Cour de céans a renoncé à restituer l'effet suspensif au recours, constatant que la recourante, ne demandant à aucun moment à ce que le marché lui soit adjudgé, ne s'opposait pas à la conclusion du contrat avec l'adjudicataire. Cette décision est entrée en force.
- D. Le 23 mai 2013, l'Economat cantonal a précisé que le Gouvernement avait passé le contrat avec l'adjudicataire Y SA en date du 14 mai 2013.
- E. Dans son mémoire de réponse du 18 juin 2013, l'intimé a conclu à titre principal à l'irrecevabilité du recours, sous suite des frais et dépens, et à titre subsidiaire à son rejet, sous suite des frais et dépens. Il relève que la conclusion de la recourante tendant au versement d'une indemnité de 5% de la valeur du marché est irrecevable, l'octroi d'une indemnité n'étant possible que par voie d'action. Le recours pouvait uniquement conclure à l'annulation de la décision d'adjudication ou à la constatation de la non-conformité de cette décision au droit des marchés publics. En outre, la responsabilité éventuelle d'un adjudicateur se limite dans tous les cas aux dépenses consenties par le soumissionnaire dans le contexte de la procédure d'adjudication et de recours. Pour le surplus, l'intimé conteste les griefs soulevés par la recourante ainsi que toute violation des règles d'adjudication.
- F. La recourante a encore pris position le 8 juillet 2013.
- G. Finalement, à la demande du juge instructeur, l'intimé a encore produit le tableau d'évaluation des soumissionnaires, ainsi que le détail de l'évaluation des offres des soumissionnaires qui ont été transmis à la recourante le 13 septembre 2013.
- H. Il sera revenu dans la partie en droit sur les arguments des parties dans la mesure utile.

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).

2. Il convient en premier lieu d'examiner la recevabilité du recours, contestée par l'intimé.
- 2.1 Dans son recours et dans sa prise de position du 8 juillet 2013, la recourante conclut à la réparation de son préjudice à hauteur de 5% de la valeur du marché. En revanche, elle ne demande à aucun moment l'annulation de la décision attaquée, respectivement l'adjudication du marché en sa faveur, précisant notamment que, compte tenu de l'importance du marché pour l'adjudicateur, elle ne voulait pas, par sa démarche, pénaliser les intérêts des quelque 3'000 employés sous contrat avec l'adjudicateur, mais uniquement défendre ses intérêts légitimes, étant rappelé que le contrat a été conclu entre l'intimé et l'adjudicataire le 14 mai 2013, l'effet suspensif au recours n'ayant pas été restitué selon décision du 25 avril 2013.
- 2.2 La question de la réparation du dommage et la procédure à suivre à cet égard ressortissent à la compétence cantonale (dans ce sens GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich, Bâle, Genève, 2007, no 944, p. 453). Les cantons connaissent des systèmes différents ; certains cantons ont adopté une procédure en deux étapes alors que d'autres ont intégré le traitement des dommages et intérêts dans la procédure de recours contre la décision d'adjudication (TF 2P.307/2005 du 24 mai 2006 consid. 2).

Le législateur jurassien a opté pour une procédure en deux temps comprenant une procédure de recours et une procédure ultérieure en dommages et intérêts. S'agissant de la procédure de recours, si le contrat n'est pas encore conclu, la Cour administrative peut soit statuer sur le fond, soit renvoyer la cause à l'adjudicateur dont elle annule la décision, au besoin avec des instructions impératives (art. 65 al. 1 OAMP). Si le contrat est déjà conclu, comme c'est le cas en l'espèce, et que le recours est jugé bien fondé, la Cour administrative constate le caractère illicite de la décision (art. 65 al. 2 OAMP). Quant à la procédure en réparation du dommage, les adjudicateurs répondent des dommages causés par leurs actes dont l'illégalité aura été constatée par les autorités de recours (art. 28 al. 1 LMP). Leur responsabilité se limite aux dépenses consenties par le soumissionnaire dans le contexte de la procédure d'adjudication et de recours (al. 2). Les demandes d'indemnité font l'objet d'une action de droit administratif (al. 3).

La présente procédure est une procédure de recours contre la décision d'adjudication. La recourante n'a toutefois retenu aucune conclusion tendant à l'annulation de la décision litigieuse, respectivement à l'adjudication du marché en sa faveur, allant jusqu'à préciser qu'elle ne voulait pas, par sa démarche, pénaliser les intérêts des quelque 3'000 employés sous contrat avec l'adjudicateur, mais uniquement défendre ses intérêts légitimes. Elle a donc renoncé à demander l'annulation de l'adjudication, se limitant à demander la réparation de son préjudice. Dans ces conditions, la conclusion tendant à la réparation du préjudice subi à hauteur de 5% est irrecevable dans une procédure de recours contre la décision d'adjudication. Ce n'est que si l'autorité de recours constate l'illicéité de la décision

qu'il sera alors possible à la recourante d'introduire une action en réparation du dommage, comme cela sera exposé ci-après plus en détail.

- 2.3 Dans le cadre de son recours, la recourante ne retient pas d'autres conclusions. Toutefois, si les conclusions doivent être rédigées avec soin, la jurisprudence admet qu'il n'y a pas lieu de se montrer trop strict sur la manière dont sont formulées les conclusions et le fait que celles-ci ne ressortent pas expressément de l'acte de recours ne conduit pas à l'irrecevabilité, pour autant que l'autorité de recours et la partie adverse puissent comprendre avec certitude ce que vise le recourant (BROGLIN, Manuel de procédure administrative jurassienne, 2009, no 287 ; dans ce sens, cf. également MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, Berne 2011, p. 807 et les références citées).

Au cas particulier, la recourante soulève contre la décision attaquée plusieurs griefs qu'elle motive. Si l'on peut admettre qu'elle renonce à demander l'annulation de la décision, on doit cependant déduire également des motifs de son recours qu'elle entend faire constater l'illicéité de la décision d'adjudication, même si certains motifs apparaissent parfois confus. L'intimé ne s'y est d'ailleurs pas trompé puisqu'il a pris position de manière détaillée sur ces griefs dans sa réponse. Il ressort en outre de l'article 28 al. 1 LMP qu'une action en responsabilité est subordonnée au constat de l'illicéité de la décision d'adjudication par les autorités de recours. Le système adopté par le législateur jurassien est ainsi identique à celui instauré par la loi fédérale sur les marchés publics (art. 34 et 35 LMP ; RS 172.056.1 ; cf. à ce sujet GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit. no 941 p. 451). Dans ces conditions, la recourante se devait de recourir contre la décision d'adjudication pour en faire constater l'illicéité avant de pouvoir demander la réparation de son dommage. On relèvera enfin qu'en matière de marchés publics, lorsqu'un contrat a déjà été passé, l'instance cantonale a l'obligation, au lieu d'annuler l'adjudication, de constater son illicéité éventuelle par rapport au droit fédéral. Cette obligation existe indépendamment de la base juridique et de la procédure selon lesquelles réparation peut être demandée selon le droit public cantonal au pouvoir adjudicateur (ATF 132 I 86 consid. 3.2 et 3.3). Dès lors, si l'instance de recours doit examiner l'illicéité éventuelle d'une décision dans l'hypothèse où le contrat a été passé alors même qu'un recourant n'a pas retenu de conclusion expresse à ce sujet, il doit en aller de même, au vu du contenu de l'article 28 al. 1 LMP précité, lorsqu'un recourant renonce à l'annulation de la décision attaquée en soulevant des griefs précis à l'encontre de la décision attaquée en demandant en même temps la réparation de son dommage, peu importe que ladite réparation ne puisse intervenir que dans le cadre d'une action de droit administratif à introduire ultérieurement. Ainsi, en interjetant recours et en soulevant plusieurs motifs à l'encontre de la décision d'adjudication, la recourante a satisfait à ses obligations, même si des conclusions expresses auraient été préférables et judicieuses. Son recours ne saurait dès lors être déclaré irrecevable pour ce motif.

- 2.4 Pour le surplus, en tant que soumissionnaire évincée et bien que le contrat ait déjà été conclu à la suite de la décision du 25 avril 2013 refusant de restituer l'effet

suspensif, la recourante conserve un intérêt actuel à recourir contre la décision d'adjudication pour en faire constater l'illicéité, son recours étant à même d'ouvrir le droit à une indemnisation (art. 65 al. 2 et 66 OAMP ; ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 ; 125 II 86, consid. 5 b). En outre, le recours a été déposé dans les forme et délai légaux, de telle sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière.

3. Le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. Le grief d'inopportunité ne peut pas être invoqué (art. 16 al. 1 et 2 AIMP, RSJU 174.04 et 63 al. 1 et 2 OAMP).
4. La recourante invoque en premier lieu une motivation insuffisante de la décision dans la mesure où elle n'a pas eu accès aux procès-verbaux d'évaluation de notes, ainsi qu'une absence d'informations relatives aux points accordés à l'adjudicataire (ch. 1.2 et 1.3 du recours).
 - 4.1 Selon l'article 24 al. 2 LMP, les actes destinés à un soumissionnaire particulier sont brièvement motivés. La motivation doit permettre au destinataire de la décision d'évaluer la portée et le bien-fondé de la décision prise par l'adjudicateur et, éventuellement, de faire recours avec une connaissance suffisante des circonstances qui ont guidé le choix de l'adjudicateur (CARRON/FOURNIER sous la direction de Nicolas MICHEL et Evelyne CLERC, La protection juridique dans la passation des marchés publics, Fribourg 2002, p. 12). La remise du tableau d'évaluation satisfait à l'exigence légale de motivation de la décision (ZUFFEREY, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p. 126 ; RJJ 2007, p. 300 consid. 3). Une motivation insuffisante représente une violation du droit d'être entendu. Toutefois, selon la jurisprudence, ce vice de procédure peut être réparé lorsque la motivation figure dans la réponse au recours, voire lors des débats lorsqu'il en est ordonné, si le recourant dispose de la possibilité de prendre ensuite position à son sujet (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op.cit, no 816 et les références citées; RJJ 2006, p. 46 consid. 3.2).
 - 4.2 Au cas d'espèce, la décision communiquée à la recourante était accompagnée d'un tableau d'évaluation de son offre et de celle de l'adjudicataire (p. 111 dossier intimé). En outre, à sa demande (p. 113 dossier intimé) et comme le mentionnait le chiffre 3.20 du Règlement et dossier technique (ci-après le Règlement, p. 11 dossier intimé), la recourante a été reçue le 23 avril 2013. Il ressort du procès-verbal de la séance, qu'elle a dûment signé, qu'elle a reçu des explications portant notamment sur les notes attribuées au regard des critères d'adjudication concernant son offre et celle de l'adjudicataire (p. 114 dossier intimé). On ne saurait dès lors suivre la recourante lorsqu'elle allègue qu'aucune information ne lui a été transmise quant aux points accordés à l'adjudicataire. Enfin, dans sa prise de position du 18 juin 2013, le Gouvernement s'est exprimé sur les raisons ayant conduit à l'évaluation des critères litigieux, après quoi la recourante a eu l'occasion de se prononcer. Il n'existe ainsi aucune circonstance susceptible de laisser penser que la décision

attaquée serait illicite pour ces motifs, respectivement qu'une violation du droit d'être entendu aurait été commise.

5. La recourante invoque également le fait que sa variante n'a pas été évaluée par l'intimé. Selon elle, sa variante est acceptable et respecte toutes les conditions essentielles et impératives du cahier des charges. Elle estime que si sa variante avait été analysée, elle aurait marqué un maximum de points sur le critère unique du prix et amélioré les points des autres critères puisqu'il s'agit d'une plus-value (ch. 2 du recours).
- 5.1 Selon l'article 42 OAMP, les soumissionnaires sont libres de présenter une ou plusieurs variantes parallèlement à leur offre, à moins que cette faculté n'ait été exclue ou restreinte dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres (al. 1). L'alinéa 2 de cette disposition précise que dans l'hypothèse où sa présentation est autorisée, une variante n'est prise en considération que si : a) elle respecte les exigences impératives fixées dans les documents d'appel d'offres ; b) ses caractéristiques sont fonctionnellement équivalentes aux spécifications techniques que doit obligatoirement respecter l'offre ; c) son auteur dépose parallèlement, dans des documents séparés, une offre recevable.

Dans un arrêt du 3 février 2012 (RJJ 2012, p. 49 consid. 3.1), la Cour de céans a considéré que la notion de variante n'est pas définie en matière de marchés publics. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à parler de "variante" pour désigner l'offre d'un soumissionnaire portant sur des prestations qui diffèrent de celles décrites par le soumettant dans l'avis et les documents d'appel d'offres. Le contenu de cette offre n'est alors pas conforme à l'objet mis en soumission, mais adapté au but poursuivi par l'adjudicateur, c'est-à-dire à son objectif. On distingue les variantes de conception ("Projektvariante"), qui consistent à proposer la réalisation d'un projet partiellement ou totalement différent de celui mis en soumission (p. ex. diamètre d'un tunnel) des variantes d'exécution ("Ausführungsvariante"), qui portent sur la réalisation du projet décrit dans le cahier des charges, mais selon une autre méthode que celle attendue (p. ex. la méthode de construction ou l'ordre des travaux ; ZH VB.2010.00171 consid. 4.1.1). Cette pratique présente l'avantage de promouvoir le progrès technologique et d'en faire bénéficier le pouvoir adjudicateur, en lui permettant de prendre connaissance et d'évaluer des innovations, de nouveaux produits ou de nouveaux procédés de fabrication. Elle permet en outre aux soumissionnaires de préserver leur marge de bénéfice tout en proposant un prix compétitif. Les variantes constituent cependant une entorse au principe de la conformité des offres à l'avis et aux documents d'appel d'offres, lequel est garant d'une comparaison des offres respectueuse des principes d'égalité, de transparence et de concurrence. Aussi, la liberté en matière de variantes doit-elle être relativisée à deux égards, afin que les offres puissent être dûment comparées sur la base des critères indiqués dans l'avis et les documents d'appel d'offres. La législation prévoit que l'offre portant sur des prestations différentes doit être exclue de la procédure, au cas où le soumissionnaire qui propose cette variante ne présente pas également une offre (de base) correspondant aux prestations demandées. L'exigence d'une

offre de base a pour but de permettre à l'adjudicateur d'analyser de manière objective la capacité concurrentielle du soumissionnaire pour le marché mis en soumission ; il s'agit également de s'assurer que le soumissionnaire a examiné de manière approfondie l'ensemble des questions en relation avec le marché mis en soumission (JAAC 65.78 consid. 3a). La jurisprudence estime que l'offre relative à une variante ne peut être prise en considération pour l'adjudication qu'à la double condition qu'elle respecte les éventuelles conditions minimales impératives fixées dans le cahier des charges et qu'elle présente des caractéristiques techniques équivalentes à celles exigées de l'offre de base (JACQUES DUBEY, *Le concours en droit des marchés publics – La passation des marchés de conception, en particulier d'architecture et d'ingénierie*, 2005, n. 397 ss et les références ; cf. également AGVE 2006 p. 195 consid. 2.1).

- 5.2 Le chiffre 3.10 du Règlement précise notamment que les variantes sont admises, que le dossier de la variante d'offre contiendra les raisons et avantages en termes financiers, techniques et d'organisation (p. 8-9 dossier intime).
- 5.3 En l'espèce, la recourante a déposé en annexe H (p. 85 à 88 dossier intime) une variante "Prévenir & Guérir". On ne saurait toutefois suivre la recourante lorsqu'elle relève que sa variante respecte les conditions essentielles et impératives du cahier des charges. Il ressort en effet ses documents précités que la variante de la recourante ne porte que sur les assurances de personnes. Sur ce plan, il n'est pas contesté que son offre comporte une plus-value que l'intimé n'a toutefois pas demandée. On ignore toutefois si le montant de CHF 10.- par employé, soit un total de CHF 30'000.- pour 3'000 employés (p. 109 dossier intime) représente le coût global du marché ou si ce coût vient s'ajouter au montant CHF 31'250.- (p. 85 dossier intime) de l'offre. La recourante ne précise rien à ce sujet et son recours apparaît pour le moins peu clair sur ce point. Si ce montant de CHF 30'000.- s'ajoute au montant de CHF 31'250.-, comme le relève justement l'intimé, on ne voit pas comment cette variante aurait pu être mieux classée que l'offre de base dont le point fort était le prix. Dans l'hypothèse inverse où ce montant ne s'ajoute pas à celui de l'offre de base mais le remplace, en raison notamment du manque de précision de l'offre, "Prévenir & Guérir" apparaît comme une offre partielle limitée aux assurances de personnes de telle sorte qu'elle ne respecte pas le cahier des charges établi par l'intimé et qui porte sur l'ensemble du portefeuille d'assurances de l'Etat, sauf la Caisse de pension (règlement ch. 2.2, p. 6 dossier intime, et mandat de gestion ch. 3.2, p. 18 dossier intime). "Prévenir & Guérir" ne constitue dès lors pas une variante au sens de l'article 42 OAMP et de la jurisprudence précitée, mais en réalité une offre partielle exclue par le règlement d'appel d'offre (ch. 3.1, p. 6 dossier intime), de sorte que comme le permet l'article 43 OAMP, l'intimé n'avait pas à évaluer celle présentée par la recourante.
6. La recourante soulève également une violation du principe de la transparence dans la pondération des critères d'adjudication, de même qu'une modification du critère 3 du chiffre 3.18 du règlement et dossier technique (ci-après le règlement) par

l'introduction d'un sous-critère lié au nombre de collaborateurs (chiffres 1.1 et 1.4 du recours).

- 6.1 A teneur de l'article 28 al. 1 let. i OAMP, les documents d'appel d'offres indiquent la méthode de notation du prix et les autres critères d'adjudication par ordre d'importance en fonction de leur pondération respective. Le droit jurassien n'impose pas à l'autorité de publier déjà dans l'appel d'offres la pondération des divers critères et sous-critères, ni dans la décision d'adjudication (cf. RJJ 2006 p. 46 consid. 6). Le principe de la transparence exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions; à tout le moins doit-il spécifier clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. En outre, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective. En tous les cas, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères. Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et sous-critères utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul...) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation. Le point de savoir si, dans un cas d'espèce, les critères utilisés sont inhérents au critère publié ou relèvent d'une grille d'évaluation, en sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241 consid. 5 et les références citées).
- 6.2 Au cas particulier, l'appel d'offre renvoie aux documents pour les critères d'aptitude et d'adjudication (dossier intimé, p. 1). Le chiffre 3.18 décrit les critères d'évaluation par ordre d'importance décroissant et leur pondération, ainsi que le barème détaillé des notes, étant notamment précisé au chiffre 4.2 que l'adjudicateur n'a pas l'obligation de noter les sous-critères et que le cas échéant, il donnera des appréciations qui permettront de noter le critère générique (dossier intimé, p. 11 et 13s). Les documents précités comportent donc tous les éléments nécessaires pour déterminer la manière dont les offres doivent être appréciées, conformément aux dispositions légales et à la jurisprudence.
- 6.3 Le critère 3 du chiffre 3.18 du Règlement prend en compte l'adéquation du soumissionnaire au marché à exécuter et se réfère aux compétences et expériences dans les branches d'assurances en lien avec le marché (p. 11 dossier

intimé). Dans son mémoire de réponse, l'intimé admet avoir pondéré dans ce critère de manière égale les données recueillies dans les annexes C (données du soumissionnaire) et J (nombre de collaborateurs) (p. 73, 74 et 90 dossier intimé). Elle précise que le sous-critère "nombre de collaborateurs" n'a été pris en compte que dans le cadre du critère 3 et que la note qui lui a été attribuée ne représente finalement que 50% des 20% attribués à ce critère.

Il ressort de la jurisprudence précitée que le principe de la transparence n'exige pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. Tel n'est pas le cas en l'espèce. D'ailleurs la recourante ne soutient pas que les sous-critères élaborés par l'adjudicateur ne seraient pas appropriés pour concrétiser le critère principal énoncé dans le dossier de soumission. Elle ne prétend pas davantage que la grille d'évaluation appliquée par l'adjudicateur consacrerait un abus ou un excès du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur. En réalité, son argumentation se limite à l'affirmation générale que les sous-critères litigieux qu'elle contient devaient, pour respecter les principes applicables en matière de marchés publics, impérativement figurer dans le dossier de soumission remis aux candidats. Dans la mesure où une telle exigence ne vise, selon la jurisprudence, que des situations particulières dont l'existence n'est pas établie en l'espèce, le grief s'avère mal fondé (cf. dans ce sens TF 2D_22/2008 du 23 mai 2008 consid. 2.2).

La recourante a obtenu la note de 1 (4 étant le maximum) dans le sous-critère "nombre de collaborateurs". Elle estime qu'il y a eu une totale confusion entre les moyens humains et le nombre de collaborateurs d'une entreprise.

Au cas particulier, l'intimé a divisé le critère 3 en deux sous-critères de poids équivalent, l'un comprenant les documents de l'annexe C relative aux données du soumissionnaire et l'autre de l'annexe J qui concerne les moyens humains à disposition en vue de l'exécution du marché. Concernant l'annexe C, la recourante relève que la note 1 a été attribuée aux soumissionnaires comprenant moins de 20 personnes dans le bureau de courtage. Il ressort effectivement de l'annexe C que la recourante dispose d'un total de 12 employés pour trois succursales. Cette pièce, remplie par la recourante, n'indique toutefois pas la spécialisation des diverses agences et la répartition des employés, comme le requiert la lettre j. Dans sa notation, le pouvoir adjudicateur dispose en tant que tel d'une grande liberté d'appréciation lors de l'adjudication (ATF 125 II 86 consid. 6 et les références). Or la recourante se borne sur cette question à substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur sans pour autant alléguer ou démontrer que l'appréciation de l'intimé violerait une règle de droit ou constituerait une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. Dans ces conditions, en raison de l'exclusion du contrôle de l'opportunité en procédure de recours, l'appréciation faite par le pouvoir adjudicateur de ce critère d'adjudication dans le choix de l'offre économiquement la

plus avantageuse ne saurait être revue par la Cour de céans. En effet, en substituant son pouvoir d'appréciation à celui de l'autorité adjudicatrice, l'autorité judiciaire jugerait en opportunité, violant dans cette mesure les articles 16 AIMP et 63 OAMP (dans ce sens, TF 2D_52/2011 du 10 février 2012 consid. 3.2 et les références citées). En outre, s'agissant de la grandeur de l'entreprise, il n'existe pas de droit à ce que l'adjudicateur définisse les critères de qualification de manière à ce que les petites et moyennes entreprises puissent satisfaire à ces critères. La détermination des conditions pour soumissionner et des critères de qualification doit tenir compte des effets sur la concurrence entre soumissionnaires, de sorte qu'il demeure encore une concurrence résiduelle suffisante. Dans les marchés publics, l'objectif de l'utilisation économique des fonds publics doit rester compatible avec celui du renforcement de la concurrence (ATAF B1470/2010 du 29 septembre 2010 consid. 6.2 et 6.3). In casu, comme le relève l'intimée, la prise en compte du nombre de collaborateurs ne représente finalement que 50% des 20% attribués au critère 3, de telle sorte que cet élément n'apparaît pas discriminatoire. La recourante ne le prétend d'ailleurs pas. On ne saurait dès lors reprocher à l'intimé d'avoir pris en compte d'une part le nombre de collaborateurs dans l'entreprise et d'autre part les moyens humains que cette dernière consacrerait le cas échéant à l'exécution du mandat dans le critère relatif à l'adéquation du soumissionnaire au marché à exécuter qui se réfère aux compétences et expériences sur les branches d'assurances en lien avec le marché, au vu de l'étendue et de la diversité des activités figurant dans le cahier des charges.

7. La recourante conteste encore la manière dont l'intimé a calculé le prix, estimant notamment que la méthode choisie n'a pas été communiquée au stade de l'appel d'offres, et que le critère du prix ne pouvait pas être mélangé avec d'autres sous-critères. Elle reproche également à l'adjudicateur de n'avoir pas opté pour une des deux variantes proposées par le Guide romand et d'avoir fait un mélange de deux variantes (ch. 3 du recours).

7.1 Au cas particulier, le critère 2 du point 3.18 du Règlement porte sur les conditions financières de l'offre et se réfère aux honoraires avec détail des commissionnements et de la rétrocession (dossier intimé, p. 11). Le chiffre 4.1 relatif au prix invite les soumissionnaires à compléter les annexes H et I (dossier intimé p. 13). Ces annexes concernent le montant de l'offre en rapport avec le cahier des charges et l'estimation du temps annuel consacré pour le calcul des honoraires (dossier intimé, p. 85 et 89).

Il ressort en outre du dossier qu'une des questions posées par un soumissionnaire est la suivante : "l'appréciation du prix est-elle réalisée selon une des méthodes recommandées par le Guide romand pour les marchés publics, à savoir la méthode au carré ou au cube. Si tel n'est pas le cas, pouvons-nous obtenir un bref aperçu de votre mode de calcul ?" La réponse du pouvoir adjudicateur a été la suivante : "Nous utiliserons une des quatre méthodes conseillées par le Guide romand des marchés public" (dossier intimé p. 109).

7.2 Il n'est pas contesté par les parties que le critère 2 du chiffre 3.18 du Règlement a été subdivisé en deux sous-critères, à savoir le prix, pondéré à 75%, et le nombre d'heures, pondéré à 25% (cf. ch. 3.1 du mémoire de réponse). En revanche, la recourante conteste que l'on puisse procéder de la sorte, estimant que seul le prix devait entrer en considération. Conformément à la jurisprudence citée au considérant 6, l'intimé n'avait pas à annoncer à l'avance les sous-critères. Il ressort en effet de ce qui suit que le critère du temps consacré à l'accomplissement du mandat et le prix permettent d'explicitier les conditions financières de l'offre soit le critère 2 de l'évaluation des candidats. En outre, la clarté et la cohérence du prix ne sont pas un critère sortant de celui initial du prix de l'offre. L'annonce a posteriori des sous-critères de clarté et de cohérence du prix ne heurte par conséquent pas la réglementation en matière de marchés publics et, en particulier, ne viole pas le principe de la transparence (TF 2P.172/2002 du 10 mars 2003 consid. 2.3 et la référence citée). Il ressort enfin expressément du chiffre 4.1 du Règlement que, pour la délimitation de leurs prix, les soumissionnaires devaient remplir une estimation du temps annuel pour le calcul de ses honoraires. Dans ces conditions, la recourante pouvait penser que ce tableau interviendrait dans l'appréciation du critère prix. Si elle avait des doutes à ce sujet, elle aurait déjà pu le contester immédiatement lorsqu'elle a reçu le Règlement et le dossier technique du mandat ; le fait d'attendre le résultat de l'adjudication pour contester cet élément pourrait donc s'avérer contraire aux règles de la bonne foi (RJJ 2006, p. 46 consid. 8 in fine).

Enfin, adopter la position de la recourante reviendrait également à interdire au pouvoir adjudicateur de comparer le détail du prix de l'offre, c'est-à-dire les prix qui le composent et la manière dont ils sont établis, ce qui conduit à un résultat insoutenable au regard des buts énoncés par l'article 1 al. 1 let. b et c LMP, soit permettre la concurrence entre les soumissionnaires et assurer l'utilisation judicieuse des deniers publics, puisqu'une pareille injonction aboutit à considérer les offres déposées dans la procédure d'adjudication en cause sur la seule base des prix en francs, sans tenir compte de la justesse et de la sécurité de leur calcul, (cf. dans ce sens TF 2P.146/2001 du 6 mai 2002 consid. 4.1). Or, compte tenu du genre de marché en cause, à savoir la gestion du portefeuille d'assurances de l'Etat jurassien, le nombre d'heures de travail apparaît intimement lié au prix demandé et permet d'évaluer la cohérence du critère "conditions financières de l'offre". A ce sujet, il convient de préciser que la recourante, dans l'appréciation du nombre d'heures à consacrer au mandat (cf. prise de position du 8 juillet 2013) ne fait que substituer sa propre appréciation à celle de l'intimé sans pour autant alléguer ou démontrer que l'appréciation de l'intimé violerait une règle de droit ou constituerait une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, de telle sorte que la Cour ne saurait revoir cette appréciation, relevant de l'opportunité (cf. consid. 6.3 ci-dessus in fine).

7.3 S'agissant de la méthode choisie pour le calcul du prix qui intervient à raison de 75% dans le calcul du critère 2, le chiffre 3.1 du mémoire de réponse de l'intimé détaille la manière dont le prix a été calculé au moyen de la méthode de notation au

carré, que le Guide Romand pour les marchés publics préconise d'appliquer pour les marchés de service (cf. annexe T2), selon la formule :

$$\frac{(\text{prix offert le plus bas})^2}{(\text{prix de l'offre du candidat})^2} \times \text{la note maximale, soit 4 (cf. p.13 dossier intimé)}$$

Il appert ainsi que l'intimé a respecté les informations qu'il a données aux soumissionnaires, à savoir qu'il utiliserait une des méthodes du Guide Romand pour l'appréciation du prix. Contrairement aux allégués du recours, aucun élément ne permet de retenir que l'intimé aurait procédé à des simulations en fonction des prix des offres rentrées. En outre, la note attribuée au prix a été calculée de manière totalement indépendante de celle attribuée au nombre d'heures. Elle retranscrit par ailleurs les écarts entre les soumissionnaires et est parfaitement explicable, de telle sorte que la décision de l'intimé n'est sur ce point pas illicite.

8. La recourante soulève encore très brièvement différents griefs (ch. 4 du recours) que l'on peine à comprendre. Ainsi, on ne voit pas qu'il appartenait à l'intimé d'évaluer séparément et précisément le critère de soutien et d'encouragement de la formation professionnelle (ch. 4.1.1 p. 19 dossier intimé) dans la mesure où il ne s'agit que d'un aspect du profil souhaité du candidat qui en contient de très nombreux autres. De plus, si la recourante, à réception du règlement, estimait que cet aspect-là du profil exigé devait faire l'objet d'un critère à prendre en compte pour l'adjudication, elle devait agir sans attendre le résultat de celle-ci sous peine d'adopter un comportement contraire à la bonne foi (cf. RJJ 2006, p. 46 consid. 6 infine).

La recourante reproche ensuite à l'adjudicateur d'avoir évalué le pouvoir de négociation des soumissionnaires, alors que la négociation en procédure ouverte est illégale. Il ne ressort pas du dossier que le pouvoir de négociation des soumissionnaires ait fait l'objet d'une évaluation. En effet, cela ne ressort pas des critères d'évaluation ou des sous-critères découlant de l'appréciation des annexes relatives à chacun d'eux. En tout état de cause, même si l'adjudicataire était amené à s'occuper de marchés publics dans le cadre du mandat, on ne voit pas pourquoi l'intimé ne pourrait pas non plus exiger de lui qu'il dispose d'un large pouvoir de négociation auprès des assureurs de sorte que cet argument tombe à faux.

Quant au point 9.1.2 (p. 24 dossier intimé), la recourante estime ne pas savoir où elle perd des points et où l'adjudicataire en gagne. Outre le fait que ce point, figurant dans la rubrique "cahier des charges de l'intermédiaire", ne fait pas l'objet d'une évaluation séparée, mais doit servir de guide pour les soumissionnaires dans leur offre et l'adjudicateur dans son appréciation, il faut également constater que la recourante a signé le procès-verbal de la séance du 23 avril 2013 dans lequel elle "certifie avoir obtenu, ce jour, une motivation complète de la décision d'adjudication" ainsi qu'une explication portant sur les notes attribuées au regard des critères

d'adjudication pour elle-même et pour l'adjudicataire (p. 114 dossier intimé). La recourante ne saurait donc pas non plus être suivie sur ce point.

9. Au vu de ce qui précède, la décision d'adjudication n'est pas illicite, de sorte que le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.
10. La recourante qui succombe supporte les frais de la procédure (art. 219 al. 1 Cpa). Il n'est pas alloué de dépens à la recourante (art. 227 al. 1 Cpa), ni à l'intimé (art. 230 al. 1 Cpa).

PAR CES MOTIFS

LA COUR ADMINISTRATIVE

déclare

irrecevable la conclusion tendant à la réparation du dommage de la recourante ;

rejette

le recours pour le surplus ;

met

les frais de la procédure de recours par CHF 2'000.- à la charge de la recourante, à prélever sur son avance ;

dit

qu'il n'est pas alloué de dépens ;

informe

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

ordonne

la notification du présent arrêt à :

- la recourante, X SA ;
- l'intimé, le Gouvernement de la République et Canton du Jura, Hôtel du Gouvernement, Rue de l'Hôpital 2, 2800 Delémont ;
- la Commission de la concurrence, Monbijoustrasse 43, 3003 Berne ;

- la FINMA, Einsteinstrasse 2, 3003 Berne.

Porrentruy, le 27 septembre 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.*