



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

**ARRET DU 26 AVRIL 2013**

en la cause liée entre

**A.**,

- représentée par **Me Mathias Eusebio**, avocat à Delémont,

**recourante,**

et

**la Municipalité de Porrentruy**, Hôtel de Ville, Rue Pierre-Péquignat 2, 2900 Porrentruy,

- représentée par **Me Hubert Theurillat**, avocat à Porrentruy,

**intimée,**

*relative aux décisions de l'intimée des 19/24 octobre 2012 (adjudication du mandat d'analyse de l'eau potable pour 2013).*

**Appelé en cause : Laboratoire cantonal.**

---

**CONSIDERANT**

**En fait :**

A.

A.1 X. (ci-après : la recourante), devenue A. à la suite d'un changement de raison sociale publié le 21 janvier 2013 dans la Feuille officielle suisse du commerce, exploite un laboratoire d'analyses, tandis que Y. est un bureau d'ingénieurs conseils actif notamment dans les domaines de la technique des eaux et de l'hydrologie. Ces deux sociétés faisaient partie du groupe Z., avant que la recourante ne quitte la holding en raison de problèmes internes, manifestement en 2010. Selon la recourante, des problèmes financiers restent en suspens.

A.2 Pendant plusieurs années, la Municipalité de Porrentruy a confié différents mandats à Z., qui les répartissait entre ses sociétés. A la suite du départ d'A. du groupe Z.,

une convention a été signée entre Y. et la Municipalité en février 2011, aux termes de laquelle Y. est responsable de la qualité de l'eau potable. Les analyses sont toutefois confiées à un laboratoire d'analyse externe agréé par les autorités. C'est la recourante qui les a réalisées en 2011 et 2012.

A.3 Les coûts de ces analyses étant relativement élevés, de l'ordre de CHF 100'000.- par année, la Municipalité a demandé à Y. de réaliser une étude visant à trouver des solutions pour d'une part réduire les coûts et d'autre part améliorer les délais de transmission des résultats par le laboratoire. Y. a estimé qu'avec un nouveau cahier des charges, les coûts futurs pourraient être réduits à environ CHF 35'000.-.

A.4 La Municipalité a ainsi décidé de lancer en mai 2012 une procédure sur invitation pour attribuer le marché d'analyse sur la base d'un nouveau cahier des charges, les délais de transmission des résultats étant en particulier réduits de 20 à 12 jours. Elle a invité la recourante et le Laboratoire cantonal.

La première a produit une offre le 20 juin 2012 pour un montant de CHF 78'225.52, tandis que l'offre du second, par CHF 40'558.30, ne répondait pas à l'ensemble du cahier des charges, notamment parce que le Laboratoire n'était pas en mesure d'effectuer les prélèvements.

Face à cette situation, le 6 juillet 2012, la Municipalité a envoyé à ces deux bureaux un courrier recommandé, lequel était ainsi libellé :

*« (...) nous vous informons que le conseil municipal a décidé de ne pas donner suite à cette consultation pour des motifs d'intérêt général liés à la nécessité d'adapter le cahier des charges afin de répondre au mieux aux besoins de la collectivité tout en respectant la réglementation des marchés publics en termes de bonne gestion des deniers publics (...) ».*

Cette lettre ne mentionnait pas de voies de droit.

A.5 Des représentants de Y., A. ainsi que de la Municipalité ont participé à une séance le 10 juillet 2012. Selon le procès-verbal de la séance, établi par le représentant des travaux publics de Porrentruy, celle-ci avait pour objectif de « définir les conditions pour l'établissement d'un cahier des charges pour une demande d'offre de gré à gré ». Le délai de transmission des résultats a ainsi été augmenté à 20 jours ouvrables. A. devait transmettre sa nouvelle offre à Y. jusqu'au 30 août 2012.

Le dossier de soumission pour la procédure de gré à gré a été transmis à A. par courrier du 13 juillet 2012.

A.6 La recourante a déposé sa nouvelle offre le 30 août 2012, pour un montant de CHF 74'478.20.

Selon l'intimée, une séance aurait ensuite eu lieu entre la recourante et la Municipalité le 13 septembre 2012, pour discuter de l'offre. La recourante aurait refusé toute négociation.

A.7 Le 17 septembre 2012, à la demande de Y., le Laboratoire cantonal a fait parvenir à la Municipalité une offre actualisée, pour un montant total de CHF 40'558.30. Le Laboratoire précise certains points du cahier des charges qu'il n'est pas en mesure de respecter, notamment eu égard à son statut de service de l'Etat. Il précise en outre que les prélèvements seront effectués par Y. et acheminés au Laboratoire cantonal.

B.

B.1 Par décision du 19 octobre 2012, libellée « non-reconduction des prestations d'analyses de la qualité de l'eau du réseau d'eau potable et de ses ouvrages de production et de stockage à partir de 2013 », la Municipalité a informé la recourante qu'elle avait décidé de ne pas reconduire les prestations d'analyses d'eau avec son laboratoire, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2013. La lettre ne mentionne pas de voies de droit.

La recourante a recouru contre cette décision le 2 novembre 2012, concluant à son annulation et à ce que le marché en question lui soit adjugé pour un montant de CHF 78'225.52, subsidiairement à ce que la cause soit renvoyée à la Municipalité pour nouvelle décision au sens des considérants, sous suite des frais et dépens (procédure ADM 109/2012). Elle a également requis la restitution de l'effet suspensif au recours (procédure eff. susp. 111/2012). Elle a finalement retiré son recours le 6 mars 2013, ce dont la présidente de la Cour de céans a pris acte le 9 avril 2013. Elle a mis les frais de la procédure, par CHF 1'168.40, et les dépens de l'intimée, par CHF 3'748.70, à charge de la recourante.

C.

C.1 Par décision du 19 octobre 2012 également, libellée « Marché de gré à gré pour les analyses de la qualité de l'eau du réseau d'eau potable et de ses ouvrages de production et de stockage », la Municipalité a informé la recourante qu'elle avait décidé de ne pas donner suite à ce marché pour des motifs d'intérêt général, afin de répondre au mieux aux besoins de la collectivité, tout en respectant la réglementation des marchés publics en termes de bonne gestion des deniers publics. La lettre ne mentionne pas de voies de droit.

La recourante a recouru contre cette décision le 2 novembre 2012, concluant à son annulation et à ce que le marché, s'il ne lui est pas attribué dans le cadre de la procédure sur invitation, lui soit adjugé pour un montant de CHF 74'478.20, et subsidiairement au renvoi de la cause à la Municipalité de Porrentruy, sous suite des frais et dépens (procédure ADM 112/2012). Elle a également requis la restitution de l'effet suspensif au recours (procédure eff. susp. 113/2012). Pour l'essentiel, elle se plaint de ce que B., représentant de Y., ait été membre du groupe d'évaluation interne de la Municipalité. Sa récusation se justifiait, au vu du litige existant entre la recourante et Y. Cette décision n'explique en outre pas pourquoi la recourante a été évincée et si l'autre soumissionnaire invité a obtenu le marché, ni à quelles condi-

tions. Le tableau d'évaluation des offres n'a pas été remis. Cette décision viole ainsi le droit d'être entendu de la recourante. Elle ajoute qu'il est douteux qu'on puisse passer d'un marché sur invitation à un marché de gré à gré sans rendre de décision. Quoi qu'il en soit, dès lors que l'adjudicateur décide d'utiliser la procédure de gré à gré, il attribue directement le marché au soumissionnaire choisi et ne peut pas renoncer par la suite à attribuer le mandat. Il s'ensuit que le marché devait être attribué à la recourante pour un montant de CHF 74'478.20. Cela étant, selon les informations en sa possession, il semblerait qu'après avoir rendu les décisions du 19 octobre 2012, la Municipalité aurait repris contact avec le Laboratoire cantonal et l'aurait informé qu'elle serait en mesure de lui confier le marché en question pour un montant de l'ordre de CHF 40'000.-. Elle a en outre revu le cahier des charges, notamment concernant les pénalités en cas de retard dans les résultats. Une telle façon de procéder viole tous les principes applicables en matière de marchés publics et il apparaît que la Municipalité a tout fait pour éliminer la recourante, en violation crasse des règles applicables en matière de marchés publics.

- C.2 Le 24 octobre 2012, la Municipalité a rendu deux décisions, par lesquelles elle attribue d'une part les analyses de l'eau potable pour 2013 au Laboratoire cantonal pour la somme de CHF 40'558.30, et d'autre part les prélèvements d'eau à Y., à titre gratuit. Celui-ci avait formulé une offre le 18 septembre 2012, dans laquelle il évaluait cette prestation à environ CHF 10'000.- à 12'000.-, qu'il se proposait toutefois d'effectuer à titre gratuit.
- D. Par ordonnances du 7 novembre 2012, la présidente de la Cour administrative a dit que jusqu'à droit connu sur les requêtes de mesures provisionnelles (eff. susp. 111/2012 et 113/2012), la procédure d'adjudication était suspendue et qu'aucun contrat ne pourrait être conclu à ce sujet par l'intimée.
- E. L'intimée, dans une première prise de position du 28 novembre 2012 à laquelle elle a joint trois pièces justificatives, a souligné qu'elle avait déjà signé deux contrats relatifs à l'objet litigieux le 24 octobre 2012, l'un avec le Laboratoire cantonal concernant l'analyse de l'eau potable pour 2013, et l'autre avec Y. s'agissant des prestations de prélèvement d'eau.
- F. Le 29 novembre 2012, la présidente de la Cour administrative a transmis ces documents à la recourante et l'a invitée à faire savoir si elle entendait maintenir ses recours.

La recourante a indiqué le 10 décembre 2012 qu'elle entendait maintenir ses recours et laissait le soin à la présidente de la Cour administrative le cas échéant d'appeler en cause le Laboratoire cantonal.

- G. Le même jour, la recourante a déposé un nouveau recours contre la décision du 24 octobre 2012 de l'intimée attribuant au Laboratoire cantonal le marché relatif aux analyses d'eau potable, concluant à son annulation et à ce que le marché lui soit attribué pour un montant de CHF 78'225.52 (procédure ADM 127/2012). En parallèle,

elle a requis la restitution de l'effet suspensif au recours (procédure eff. susp. 128/2012). Elle reprend en substance les mêmes arguments que ceux développés dans ses précédents mémoires. Elle précise qu'elle n'a eu connaissance de l'adjudication formelle du marché litigieux au Laboratoire cantonal qu'à réception des pièces justificatives que l'intimée a produites le 29 novembre 2012. Cela étant, le Laboratoire cantonal ne pouvait pas être invité à la procédure sur invitation, dans la mesure où il n'est pas inscrit au registre du commerce, alors qu'il s'agit d'un critère légal. Il n'est pas non plus en mesure de respecter le cahier des charges. Il y a également eu un accord sur les prix entre le Laboratoire cantonal et l'intimée, dans le seul but d'écarter la recourante, ce qui constitue un accord illicite. Le marché ne peut donc pas lui être attribué. Cela étant, la recourante a établi une nouvelle offre en retenant les mêmes critères que ceux finalement appliqués au Laboratoire cantonal. Il en ressort que son offre est économiquement la plus avantageuse, puisqu'elle peut réaliser les prestations en question pour un montant de CHF 35'870.17. Pour ce motif également, il se justifie de lui attribuer le marché.

La recourante n'a toutefois pas recouru contre la décision du 24 octobre 2012 attribuant les prélèvements d'eau à Y.

- H. Par ordonnance du 11 décembre 2012, la présidente de la Cour administrative a dit que jusqu'à droit connu sur la requête de mesures provisionnelles (eff. susp. 128/2012), la procédure d'adjudication était suspendue et qu'aucun contrat ne pourrait être conclu à ce sujet par l'intimée. Elle a par ailleurs appelé en cause le Laboratoire cantonal.
- I. Le Laboratoire cantonal a pris position le 20 décembre 2012, concluant au rejet du recours. Il souligne que le courrier du 6 juillet 2012 valait formellement décision d'interruption de la procédure, nonobstant l'absence de voies de droit. Il appartenait le cas échéant à la recourante de se renseigner sur les possibilités de recours si elle entendait contester la décision d'interruption. Du reste, en participant à la séance du 10 juillet 2012 puis en déposant une nouvelle offre le 30 août 2012 dans le cadre de la procédure de gré à gré, elle s'est expressément ralliée à cette nouvelle procédure. Or, dans le cadre d'une procédure de gré à gré, le pouvoir adjudicateur peut refuser l'offre reçue et en demander une autre ; il peut même mener simultanément une telle procédure avec plusieurs soumissionnaires. L'intimée était également en droit d'adapter son cahier des charges pour demander une nouvelle offre en procédure de gré à gré au Laboratoire cantonal. De même, au vu de la procédure de gré à gré, il est sans importance que l'adjudicataire ne soit pas inscrit au Registre du commerce. Même dans une procédure sur invitation, il devrait être tenu compte des spécificités liées au soumissionnaire, qui ne peut pas être inscrit au Registre du commerce, à l'instar du Laboratoire cantonal. Il n'y a pas eu d'accord sur les prix, puisque les deux offres du Laboratoire cantonal des 5 juin et 17 septembre 2012 sont parfaitement identiques. Le calcul auquel la recourante a procédé pour prétendre que son offre est économiquement la plus avantageuse ne constitue pas une offre valable. Cela étant, il sied de préciser que le Laboratoire cantonal contrôle actuellement la qualité de l'eau potable de la moitié des communes jurassiennes,

l'autre moitié étant contrôlée par la recourante. Les prestations du Laboratoire cantonal sont définies dans une offre de celui-ci qui, une fois acceptée par la commune, fait office de contrat. Par conséquent, la « décision » du 24 octobre 2012 vaut acceptation de l'offre et, partant, conclusion du contrat.

- J. La Municipalité de Porrentruy a pris position dans ces différentes procédures dans trois mémoires de réponse déposés le 7 janvier 2013. Elle conclut à chaque fois au rejet du recours, sous suite des frais et dépens. Dans une argumentation largement similaire dans chacun des trois mémoires et reprenant l'ensemble des faits, elle souligne à titre préalable que la demande de récusation de B. est tardive, puisque les documents d'appel d'offres mentionnaient la composition du groupe d'évaluation, y compris B. La recourante connaît par ailleurs tout à fait les motifs qui ont conduit à l'interruption de la procédure sur invitation puis à ce que son offre dans le cadre de la procédure de gré à gré soit écartée. Ses deux offres sont en effet exorbitantes et totalement disproportionnées. Son droit d'être entendu n'a ainsi en aucun cas été violé. S'agissant du fond, la recourante a tout à fait souscrit à l'interruption de la procédure sur invitation, ne recourant pas contre la décision du 6 juillet 2012 et acceptant au contraire, lors de la séance du 10 juillet 2012, une procédure de gré à gré. Quoi qu'il en soit, l'intimée était tout à fait légitimée à interrompre la procédure sur invitation, puisque l'offre de la recourante était surfaite, tandis que celle du Laboratoire ne respectait pas le cahier des charges. Rien n'oblige par ailleurs l'intimée à conclure une offre avec la recourante dans le cadre de la procédure de gré à gré, puisque son offre du 30 août 2012 est manifestement surfaite. Or l'intimée se doit de sauvegarder l'intérêt public, en particulier de préserver les deniers publics. Finalement, la recourante ne peut pas contester la décision du 24 octobre 2012, puisque cette faculté est réservée à un concurrent potentiel qui établit qu'il aurait été en mesure de présenter une offre susceptible d'être retenue dans l'hypothèse d'une procédure ouverte. Or tant l'offre du 20 juin 2012 que celle du 30 août 2012 sont en totale disproportion avec la valeur des prestations offertes et elles n'auraient jamais été retenues en procédure ouverte. La recourante ne peut par ailleurs pas demander l'annulation du contrat conclu avec le Laboratoire cantonal, mais uniquement le constat de son illicéité. Cela étant, contrairement à ce que prétend la recourante, l'intimée n'a pas tout mis en œuvre pour l'écarter. Au contraire, elle a tout mis en œuvre pour trouver une solution au problème. C'est en raison de l'obstination de la recourante, qui a tenté par tous les moyens de tirer parti de la situation de non-concurrence dans laquelle elle se trouvait dans la procédure de gré à gré, que l'intimée, pour remplir ses obligations, a dû finalement demander au Laboratoire cantonal de procéder aux analyses de l'eau potable. L'offre établie par la recourante a posteriori a été établie pour les besoins de la cause et est irrecevable. C'est en outre un procédé discutable et qui démontre la faiblesse de la position de la recourante.
- K. Par ordonnance du 10 janvier 2013, la présidente de la Cour administrative a joint l'ensemble des procédures.

- L. La recourante a spontanément souligné le 15 janvier 2013 qu'elle n'avait pas souvenir d'avoir reçu la lettre du 6 juillet 2012 et qu'en tout état de cause, elle ne pouvait pas être considérée comme une décision sujette à recours.
- M. Le 16 janvier 2012, l'intimée a produit un récépissé d'envoi dont il ressort qu'elle a envoyé un courrier à la recourante le 9 juillet 2012. Elle souligne que la lettre en question ne lui est pas revenue en retour, de sorte qu'elle a manifestement été notifiée à la recourante.
- N. Par décision du 23 janvier 2013, la présidente de la Cour de céans a rejeté les requêtes à fin de restitution de l'effet suspensif au recours et joint au fond les frais et dépens de la procédure.
- O. Dans ses remarques finales du 12 mars 2013, la recourante confirme les conclusions et motifs de ses recours, concluant toutefois subsidiairement à ce qu'il soit constaté que la décision du 19 octobre 2012 est illicite. Elle souligne qu'il n'y a jamais eu de discussion entre les parties s'agissant du prix et que si le montant de CHF 35'000.- avait été articulé, elle en aurait tenu compte, en déposant une nouvelle offre pour ce montant ou en renonçant au marché. De même, il ne lui a jamais été indiqué que l'offre déposée dans le cadre de la procédure sur invitation était beaucoup trop onéreuse. Par ailleurs, l'intimée n'a jamais allégué que l'offre dépassait le montant prévu. Cela étant, l'intimée a uniquement consenti à prolonger les délais pour rendre les analyses mais a continué à imposer des pénalités et à exiger que l'attributaire du marché réalise les prélèvements. Sans ces deux éléments, l'offre proposée aurait été de l'ordre de CHF 35'000.-, si bien que le marché aurait dû lui être attribué. L'intimée est de mauvaise foi, puisqu'elle connaissait déjà le montant de l'offre du Laboratoire cantonal lors de la séance du 10 juillet 2012 et elle aurait pu proposer à la recourante de présenter une offre sans prélèvements ni pénalités. Au contraire, il apparaît que l'intimée a tout mis en œuvre pour exclure la recourante.

Concernant la décision d'adjudication au Laboratoire cantonal, la recourante conclut là aussi à ce qu'il soit constaté qu'elle est illicite. Elle relève avoir pris note que la dite décision concerne, de l'avis de l'intimée, uniquement l'année 2013. La recourante prétend qu'elle dispose de la qualité pour recourir, puisqu'il ne fait aucun doute qu'elle était à même de déposer une offre compétitive sans tenir compte des prélèvements ni d'éventuelles pénalités et pour la seule année 2013. Au contraire, le Laboratoire cantonal ne pouvait pas se voir attribuer le marché en question, n'étant pas inscrit au Registre du commerce. Concrètement, si la recourante avait eu la possibilité de déposer une offre répondant aux mêmes critères que ceux fixés à l'appelé en cause, son offre aurait été la plus avantageuse économiquement et le marché devait lui être attribué.

- P. Dans ses deux prises de position finales du 12 mars 2013 relatives d'une part à la procédure ADM 112/2012 et d'autre part à la procédure 127/2012, l'intimée a souligné que la décision du 23 janvier 2013 refusant la restitution de l'effet suspensif est

définitive et exécutoire. Les travaux litigieux ont été adjugés au Laboratoire cantonal, de sorte que le maintien du recours n'a plus de sens. Pour le surplus, elle reprend pour l'essentiel les arguments de son mémoire de réponse. Elle a joint à chaque fois sa note d'honoraires pour taxation, soulignant que la procédure était complexe et qu'elle ne disposait pas au sein de son administration d'un juriste, de sorte qu'elle a droit à des dépens.

- Q. La présidente de la Cour de céans a disjoint la procédure ADM 109/2012 des procédures ADM 112 et 127/2012 par ordonnance du 18 mars 2013.
- R. La recourante a fait parvenir la note d'honoraires de son mandataire le 25 avril 2013. Elle ajoute qu'il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à la Commune de Porrentruy, qui était parfaitement à même de défendre sa position sans l'appui d'un mandataire professionnel. Elle a elle-même élaboré l'appel d'offres, particulièrement fourni. Elle disposait donc à l'interne de personnes compétentes pour répondre au recours. Il ne ressort par ailleurs pas de la note d'honoraires qu'il en ait résulté des frais élevés pour la Municipalité de Porrentruy.

## **En droit :**

### ***I. Recevabilité***

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. A titre préalable, il convient de rappeler que le présent arrêt ne porte que sur les affaires ADM 112/2012 et 127/2012, puisque la recourante a retiré son recours dans la procédure ADM 109/2012.

En tant que soumissionnaire évincée et, bien que les contrats aient déjà été conclus à la suite de la décision du 23 janvier 2013 rejetant les requêtes à fin de restitution de l'effet suspensif (cf. consid. 4), 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 ses droits à une indemnisation (art. 65 al. 2 et 66 OAMP ; ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 ; 125 II 86, consid. 5 b).

3. Les deux recours ADM 112/2012 et 127/2012 ont été déposés dans les formes légales.

S'agissant du respect des délais de recours, il y a lieu de préciser ce qui suit. En tant que le recours 112/2012 du 2 novembre 2012 est dirigé contre la décision du 19 octobre 2012, il est recevable. Le recours du 10 décembre 2012 est dirigé contre la décision du 24 octobre 2012 qui attribue le marché en question au Laboratoire cantonal. La recourante ne s'est pas vu notifier cette décision et n'en a eu connaissance qu'à réception de l'ordonnance de la présidente du 29 novembre 2012 qui lui



transmettait différents documents produits par l'intimée. Le recours formé le 10 décembre 2012 l'a ainsi été dans le délai légal de 10 jours.

La recourante a manifestement qualité pour recourir contre la décision du 19 octobre 2012 qui lui a été notifiée. La question de sa qualité pour recourir contre la décision du 24 octobre 2012 attribuant le marché à l'appelé en cause sera examinée ci-après.

## **II. Ad récusation de B.**

4. La recourante prétend que B., qui a pris part au processus décisionnel, aurait dû se récuser, puisqu'il est vice-président de Y., société qui est en litige avec la recourante.

4.1 L'article 29 al. 1 Cst. prévoit que toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. En droit cantonal, cette disposition est concrétisée notamment par l'article 39 Cpa. Selon la let. h de cette disposition, sur sa requête ou celle d'une partie, une personne appelée à préparer ou à rendre une décision doit être récusée s'il existe des circonstances de nature à faire suspecter son impartialité. La partie qui entend demander la récusation d'un membre d'une autorité doit former une telle demande dans les jours qui suivent la connaissance de la cause de récusation, à défaut de quoi elle agit de manière contraire à la bonne foi et voit son droit se périmier (ATF 134 I 20 consid. 4.3.1 et les références ; cf. également GALLI/MOSER/LANG/CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2<sup>ème</sup> éd., 2007, n. 698 et les références).

4.2 Dans le cas particulier, la recourante savait dès le lancement de la procédure sur invitation que B. ferait partie du groupe d'évaluation, ainsi que cela ressort des documents d'appel d'offres tant pour la procédure sur invitation que pour celle de gré à gré (ch. 5.2.1). B. était également présent lors de la séance du 10 juillet 2012, à laquelle des représentants de la recourante ont pris part et au cours de laquelle il a été décidé qu'elle présenterait une nouvelle offre dans le cadre d'une procédure de gré à gré. A ce stade du dossier, il apparaît qu'à aucun moment, la recourante n'a invoqué un quelconque motif de récusation à l'encontre de B. avant la présente procédure. En ne demandant pas sa récusation avant le recours contre la décision du 19 octobre 2012, elle a renoncé à ce droit. Ce grief est ainsi mal fondé.

## **III. Ad décision de non-adjudication dans la procédure de gré à gré**

5. La recourante prétend que le marché de gré à gré devait lui être attribué, dès lors qu'elle a déposé son offre.

5.1 La jurisprudence et la doctrine suisses ne sont pas unanimes quant à savoir si un pouvoir adjudicateur peut simultanément demander plusieurs offres dans le cadre d'une procédure de gré à gré. Compte tenu du but des marchés publics, qui visent à

assurer une utilisation judicieuse des deniers publics et permettre la concurrence entre les soumissionnaires (art. 1 al. 1 LMP), on peut admettre une telle façon de faire (MOSER/GALLI/LANG/CLERC, op. cit., n. 217 à 223). Au niveau européen, le débat porte au contraire sur la question de savoir combien de soumissionnaires une collectivité doit solliciter avant d'attribuer le marché dans le cadre d'une procédure de gré à gré (WOLF, op. cit., n. 57). Le principe de la transparence, essentiel en droit des marchés publics, exige toutefois que le soumissionnaire connaisse les conditions qui s'appliqueront au traitement de son offre (WOLF, op. cit., n. 58).

- 5.2 La recourante fonde essentiellement son argumentation sur l'article 17 al. 5 LMP, qui prévoit qu'en procédure de gré à gré, l'adjudicateur attribue le marché directement à un soumissionnaire sans procéder à un appel d'offres et sans publication. Il faut néanmoins souligner que l'article 50 OAMP permet expressément, en procédure de gré à gré, des négociations sur les prix entre adjudicateur et soumissionnaire, des remises de prix ainsi que des modifications de prestations. L'article 57 al. 1 let. d OAMP précise par ailleurs que le pouvoir adjudicateur peut décider d'interrompre la procédure et, au besoin, la répéter pour des raisons importantes, notamment lorsque toutes les offres remises dépassent le montant du crédit prévu ou octroyé pour la réalisation du marché. Il en découle qu'un soumissionnaire n'a pas un droit à voir son offre automatiquement adjudgée dans le cadre d'une procédure de gré à gré. L'interprétation de la recourante relative à l'article 17 al. 5 LMP ne saurait ainsi être suivie.
- 5.3 En outre, le règlement de la procédure de gré à gré précise en page 10 que la décision du pouvoir adjudicateur portant sur le choix d'attribuer ou non le marché à l'adjudicataire est sujette à recours, de sorte qu'il est manifeste que le seul dépôt de l'offre n'entraîne pas l'adjudication ipso facto au soumissionnaire. Le pouvoir adjudicateur s'est en outre expressément réservé le droit de ne pas attribuer l'offre de gré à gré si celle-ci ne répond pas notamment à la bonne gestion des deniers publics (ch. 3.4 de la procédure de gré à gré). Il faut par ailleurs rappeler qu'en procédant à ses appels d'offres successifs, l'intimée souhaitait réduire les coûts des analyses. La première offre déposée par la recourante d'un montant de CHF 78'225.52, dans le cadre de la procédure sur invitation, était largement au-dessus des coûts estimés par l'intimée et c'est la raison pour laquelle la procédure a été interrompue. La recourante en était consciente, puisque lors de la séance du 10 juillet 2012, il a notamment été convenu que les délais pour remettre les résultats seraient augmentés, comme le protocole le procès-verbal, afin d'éviter certains investissements à la recourante et lui permettre de déposer une offre d'un montant inférieur. La deuxième offre, supérieure à CHF 74'000.-, était toujours largement au-dessus du montant auquel s'attendait l'intimée, de l'ordre de CHF 35'000.-. Il importe peu à cet égard que ce montant ait été ou pas explicitement articulé aux représentants de la recourante. Dans la mesure cependant où le délai de communication des résultats était largement revu à la hausse, de 12 à 20 jours, une réduction de moins de 5 % du prix proposé paraît peu significative par rapport aux attentes de l'intimée. Des discussions auraient par ailleurs eu lieu le 13 septembre 2012. Au vu de ce montant, l'intimée, par décision du 19 octobre 2012, a informé la recourante qu'elle avait dé-

cidé « de ne pas donner suite à ce marché pour des motifs d'intérêt général, afin de répondre au mieux aux besoins de la collectivité, tout en respectant la réglementation des marchés publics en termes de bonne gestion des deniers publics ». C'est la raison pour laquelle elle a, dans une phase ultérieure, demandé une nouvelle offre à l'appelé en cause, dans le cadre d'une nouvelle procédure de gré à gré. On ne saurait dire qu'en agissant de la sorte, l'intimée s'est comportée de manière contraire à la bonne foi, contrairement à ce que prétend la recourante.

En résumé, il apparaît d'une part que la recourante n'avait pas un droit à ce que son offre déposée dans le cadre de la procédure de gré à gré soit automatiquement adjudgée. D'autre part, l'intimée a fait usage de son droit d'interrompre la procédure. Ce grief est ainsi mal fondé.

6. La recourante invoque une violation de son droit d'être entendue, la décision du 19 octobre 2012 étant à son sens insuffisamment motivée.
  - 6.1 Le droit d'être entendu, garanti par l'article 29 al. 2 Cst., prévoit notamment le droit d'obtenir une décision motivée. L'article 24 al. 2 LMP concrétise ce principe, puisqu'il mentionne que les actes destinés à un soumissionnaire particulier sont brièvement motivés.
  - 6.2 En l'espèce, la décision attaquée utilise une formule très générale pour justifier la non-attribution du marché, se référant cependant au principe de bonne gestion des deniers publics. Elle met ainsi fin à la procédure de gré à gré comme le lui permet le chiffre 3.4 de la procédure de gré à gré. Certes succincte, la motivation n'en est pas moins claire. En outre, la deuxième lettre du 19 octobre 2012 explicite les motifs de l'intimée, qui relève qu'elle a demandé deux offres à la recourante. Elle ajoute que « le Conseil municipal se doit de poursuivre l'intérêt général en répondant au mieux aux besoins de la collectivité dans le cadre d'une bonne gestion des deniers publics et vos offres n'ont pas donné satisfaction ». Il faut en outre rappeler le contexte dans lequel ces deux demandes d'offres, sur invitation puis de gré à gré, sont intervenues, de même que la séance du 10 juillet 2012, ainsi que le chiffre 3.4 de la procédure de gré à gré (cf. consid. 5.3) qui se réfère à la bonne gestion des deniers publics. Au vu de l'ensemble de ces éléments, la recourante ne pouvait ignorer que son offre de gré à gré n'avait pas été retenue parce qu'elle était trop onéreuse. Le droit d'être entendu de la recourante n'a ainsi pas été violé.

Dans ces circonstances, le recours contre la non-attribution du marché de gré à gré est mal fondé, étant rappelé que la question de la récusation de B., également invoquée, a déjà été traitée ci-dessus. Ce recours doit dès lors être rejeté.

#### **IV. Ad décision d'adjudication à l'appelée en cause**

7. La recourante a recouru contre la décision d'adjudication du marché à l'appelé en cause. Elle n'est cependant pas partie à cette procédure de gré à gré, qui lie

l'intimée et l'appelé en cause. Se pose dès lors la question de sa qualité pour recourir.

- 7.1 Conformément à l'article 120 let. a Cpa, quiconque est particulièrement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Le recourant doit se trouver, avec la décision entreprise, dans un rapport suffisamment étroit, spécial et digne d'être pris en considération. Il doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grande que l'ensemble des administrés. Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt général ou dans l'intérêt d'un tiers est exclu. Cette exigence a été posée de manière à empêcher l'action populaire (ATF 135 II 145 consid. 6.1).

Dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur choisit la personne de l'adjudicataire en dehors de tout appel d'offres. Un concurrent potentiel ne peut donc pas exiger d'être inclus dans une telle procédure. Il ne peut contester une telle adjudication qu'en démontrant que le marché en cause devait faire l'objet d'une procédure ouverte. Une telle faculté n'est toutefois réservée qu'à celui qui établit qu'il aurait été en mesure de présenter une offre susceptible d'être retenue dans l'hypothèse d'une procédure ouverte ; il ne lui suffit donc pas de démontrer que le choix de l'adjudication de gré à gré était contraire au droit. La question de savoir si un tel concurrent potentiel aurait pu faire partie du cercle des soumissionnaires doit être examinée en relation avec sa qualité pour agir (TF 2C\_534/2011 du 23 février 2012 consid. 4.2 ; ATF 137 II 313 consid. 3.3.2 et 3.4 ; cf. également WOLF, op. cit., n. 84s).

- 7.2 Dans le cas particulier, la recourante ne conteste pas qu'une procédure de gré à gré pouvait avoir lieu, au contraire, puisqu'elle-même a été invitée à déposer une offre dans une telle procédure préalable à celle menée avec l'appelé en cause. Elle ne prétend pas qu'une procédure ouverte aurait dû avoir lieu. A juste titre. En effet, le marché en cause est manifestement un marché de services au sens de l'article 3 let. c OAMP. Or la valeur du marché est inférieure à la valeur-seuil au-delà de laquelle la procédure ouverte (ou sélective) est exigée (cf. art. 14 en lien avec l'annexe 1b et art. 17 OAMP).

Il apparaît ainsi que la recourante n'a pas qualité pour recourir contre la décision d'attribution du marché au Laboratoire cantonal. Son recours doit ainsi être déclaré irrecevable.

## **V. Frais et dépens**

8. La recourante qui succombe doit prendre à sa charge les frais de la procédure (art. 219 al. 1 Cpa). Il y a lieu d'allouer une indemnité de dépens à la Municipalité de Porrentruy dès lors que celle-ci a dû faire appel à un mandataire extérieur, que l'affaire présentait une complexité certaine, et que la partie adverse était elle-même assistée d'un mandataire professionnel (art. 230 al. 2 Cpa). S'agissant de l'indemnité de dépens à laquelle la Municipalité prétend, il sied de préciser que son mandataire a produit trois notes d'honoraires pour les trois procédures. L'ensemble du dossier

était toutefois étroitement lié et les mémoires de réponse largement similaires. Il sied aussi de rappeler que la Municipalité a obtenu une indemnité de dépens de CHF 3'748.70, dans la procédure ADM 109/2012. Il convient ainsi d'évaluer globalement l'indemnité à laquelle elle prétend. Compte tenu de la complexité du dossier et de la valeur litigieuse, il se justifie de lui allouer une indemnité globale de CHF 5'000.-, y compris débours et TVA pour les présentes procédures, à payer par la recourante.

**PAR CES MOTIFS  
LA COUR ADMINISTRATIVE**

**rejette**

le recours du 2 novembre 2012 (ADM 112/2012) ;

**déclare**

irrecevable le recours du 10 décembre 2012 (ADM 127 /2012) ;

**met**

les frais de la procédure, par CHF 3'000.-, à charge de la recourante, à prélever sur son avance ;

**alloue**

à l'intimée une indemnité de dépens de CHF 5'000.-, y compris débours et TVA, à verser par la recourante ;

**informe**

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

**ordonne**

la notification du présent arrêt :

- à la recourante, par son mandataire, Me Mathias Eusebio, avocat à Delémont ;
- à l'intimée, par son mandataire, Me Hubert Theurillat, avocat à Porrentruy ;
- à l'appelé en cause, le Laboratoire cantonal ;
- à la Commission de la concurrence, Monbijoustrasse 43, 3003 Berne.

Porrentruy, le 26 avril 2013

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

Sylviane Liniger Odiet

Gladys Winkler Docourt

**Communication concernant les moyens de recours :**

*La présente décision 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.*